Die
Rechtliche Natur der Wandelung.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Raimund Albert
Rechtspraktikant aus Ochsenfurt.

ACAD. LUGD BAT BIBL

Würzburg
Druck von Drescher & Reichart
1905.

Referent: Herr *Prof. v. Burkhard.*

Litteratur-Verzeichnis.

Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (cit. B.G.B.).
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches des Deutschen Reiches I. Lesung, Berlin 1888 (cit. E. I).
Motive hierzu, Berlin 1897 (cit. Mot.).
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, II. Lesung, Berlin 1895 (cit. E. II).
Protokolle der Kommission für die II. Lesung des B.G.B., Berlin 1897/99.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung der dem Reichstage gemachten Vorlage, Berlin 1896 (cit E. III).
Denkschrift zum Entwurfe eines B. G. B. Berlin 1898 (cit. D. S.).
Corpus iuris civilis. Editio stereotypa sexta. von Krüger-Mommsen, Berlin 1893.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. Jena 1900.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. 2. Aufl. Halle a. S. 1902.
Düringer und Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Mannheim 1900.
Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs, 5. Aufl.
Engelmann, Das alte und neue bürgerliche Recht Deutschlands, 1899.
Enneccerus, Das bürgerliche Recht, 1898.
Fischer-Henle, Komm. z. B. G. B. 2. Aufl.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B. 1899.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900.
Neumann, Komm. z. B. G. B. 1899.
Neumann, Handausgabe des B. G. B. 2. Aufl.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Komm. 1899.
Planck, Komm. z. B. G. B. 2. Aufl. Berlin 1898.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Berlin 1904.
Staub, Komm. z. H. G. B. 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900.
Staudinger, Komm. z. B. G. B. München 1901.
Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1900.
Weyl, Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch für Praktiker, München 1898.

Gaupp-Stein, Komm. z. Z. P. O. 4. Aufl. Tübingen und Leipzig 1901.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Leipzig 1903.

Jaeger, Grundriss zur Vorlesung über Zivilprozessrecht, Berlin 1903.
Kipp, Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen in der Kieler Festgabe f. Ihering.
Kohler, Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozess. Archiv f. d. zivil. Praxis Bd. 80.
Kohler, Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkung bei Busch, XXIX. Bd.
Langheineken, Der Urteilsanspruch. Leipzig 1899.
Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1903.
Neumiller, Komm. z. Z.P.O. München 1903.
Seuffert, Komm. z. Z.P.O. 9. Aufl. München 1905.
Struckmann-Koch, Komm. z. Z.P.O. 7. Aufl. Berlin 1900.

Aschheim, Der Wandelungsanspruch beim Kauf des B.G.B. Rostocker Inaug.-Diss. 1902.
Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach B.G.B. bei Gruchot, 43. Bd.
Epping, Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache. Erlanger Inaug.-Diss. 1897.
Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede bei Gruchot 44. Bd.
Frisch, Die Ansprüche auf Wandelung und Minderung beim Werkvertrage nach B.G.B. mit Rücksicht auf das gemeine und preussische Recht. Rostocker Inaug.-Diss. 1902.
Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch 2. Aufl. Berlin 1903.
Haymann, Rechtliche Natur und prozessuale Behandlung des Wandelungsanspruchs bei Gruchot 46. Bd.
Stratmann, Von der Vollziehung der Wandelung und Minderung nach dem Rechte des B.G.B. Rostocker Inaug.-Diss. 1901.
Kaulbach, Die Konstruktion der Wandelung und der Minderung im bürgerlichen Gesetzbuch. Rostocker Inaug.-Diss. 1902/03.
Küntzel bei Gruchot 41. Bd.
Leistner, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache, Erlangen, Inaug.-Diss. 1900.
Lobe, Die Vorschriften des deutschen B.G.B., § 462 und § 465 über die Wandelung und ihre praktische Bedeutung, im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht, IX.
Matthiass, Die Wandelung nach dem B.G.B. in der deutschen Juristenzeitung. 7. Jahrg.
Mensing, Beiträge zur Lehre vom Wandelungs- und Minderungsanspruch des B.G.B. Bonn. Inaug.-Diss. 1900.
Oertmann, Zur Lehre von der Wandelung, im „Recht“ 1904 Nr. 1 u. 2.

Archiv für civilistische Praxis.
Busch, Zeitschrift für deutschen Zivilprozess.
Deutsche Juristen-Zeitung.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen (cit. R.G.).
Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht.

Inhalts-Verzeichnis.

I. Kapitel.

Begriff und Wesen des Wandelungsanspruchs.

1. Abschnitt.

Die Vertragstheorie.

§ 1. Ihre Vertreter.

§ 2. Begründung der Vertragstheorie aus den Bestimmungen des B.G.B.

§ 3. Geschichte der Entstehung der §§ 462, 465 und ihr Zusammenhang.

2. Abschnitt.

Die Restitutionstheorie und die von ihren Vertretern gegen die Vertragstheorie geltend gemachten materiellrechtlichen Gründe.

II. Kapitel.

Die Geltendmachung des Wandelungsanspruchs und die hieraus entnommenen Einwendungen gegen die Vertragstheorie.

1. Abschnitt.

Aussergerichtliche Geltendmachung des Wandelungsanspruchs

2. Abschnitt.

Gerichtliche Geltendmachung des Wandelungsanspruchs.

§ 1. Die Geltendmachung des Wandelungsanspruchs durch Einrede.

§ 2. Die Geltendmachung des Wandelungsanspruchs durch Klage.

I. Kapitel.

Begriff und Wesen des Wandelungsanspruchs.

---

1. Abschnitt.

Die Vertragstheorie.

§ 1. Ihre Vertreter.

Zur Erforschung des Wesens des Wandelungsanspruches des B. G. B. stützt sich eine grosse Anzahl[1]) von Schriftstellern auf die §§ 462, 465 B. G. B., während eine Minderheit[2]) nur den § 462 als hierfür in Betracht kommend ansieht.

Darüber, dass das Recht des Käufers, Wandelung zu verlangen, als Anspruch im B. G. B. uns entgegen tritt, sind fast alle Schriftsteller einig. Der Ausdruck „verlangen" in § 462 B. G. B. drückt dies ganz klar aus und in § 477 wird das Wandelungsrecht des Käufers[3]) ausdrücklich als Anspruch bezeichnet, also nach § 194 als das „Recht, von einem Anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen".

Gerade diese Konstruktion des Wandelungsrechts als Anspruch und der Inhalt des § 465 B. G. B. sind es, welche einen grossen Streit unter den Schriftstellern dahin hervorriefen, welcher Art die von dem Käufer geforderte Tätigkeit des Verkäufers sein soll, ob nämlich die Wandelung nur durch einen Vertrag, gerichtet auf Aufhebung des ursprünglichen Ver-

---

[1]) Vgl. Planck, Dernburg, Endemann, Engelmann, Oertmann, Kloss, Staudinger, Windscheid-Kipp, Kuhlenbeck, Rudorf und Schaeffer, Staffel, Hellweg, Kohler, Flechtheim, Crome, Goldmann-Lilienthal, Küntzel, Schollmeyer u. a.

[2]) Vgl. Eccius, Lobe, Enneccerus, Matthiass, Staub, Stein, Fischer-Henle, Neumann, Haymann, Langheineken, Schneider, Müller u. a.

[3]) Ich spreche der Einfachheit halber nur vom Kaufe; die bei anderen Verträgen vorkommende Wandelung weicht nur in einzelnen, die Konstruktionsfrage nicht berührenden Punkten von den beim Kaufe geltenden Grundsätzen ab.

trages, vollzogen werden könne[1]) (sog. Vertragstheorie), oder ob die Wandelung des B.G.B. nichts anderes sei, als die alte actio redhibitoria des römischen und gemeinen Rechts, nämlich das Recht des Käufers, durch einseitigen Rechtsakt den Vollzug der Wandelung bewirken zu können, und dem § 465 B.G.B. nur die Bedeutung einer Beschränkung des ius variandi des Käufers zukomme[2]) sog. Restitutionstheorie).

Es soll zunächst eine kurze Uebersicht über die von den Vertretern der Vertragstheorie geltend gemachten Gesichtspunkte und im Anschluss daran die eigene Begründung für die Richtigkeit dieser Theorie gegeben werden, sodann die Restitutionstheorie mit den dafür angeführten Gründen dargestellt und geprüft werden. In einem zweiten Abschnitt wird speziell von der aussergerichtlichen und gerichtlichen Geltendmachung des Wandelungsanspruches und von den hieraus erhobenen Einwänden gegen die Vertragstheorie gehandelt werden.

Zur Begründung der Vertragstheorie werden herangezogen die §§ 462, 465 B.G.B.

§ 462 B.G.B. lautet:

„Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen."

§ 465 B.G.B. lautet:

„Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt."

Diese beiden Paragraphen sind nach der Vertragstheorie die fons iuris für die rechtliche Natur der Wandelung. Sie besagen, dass der Käufer Wandelung d. h. Rückgängigmachung des Kaufes verlangen kann. „Wandelung verlangen" heisst aber nicht: der Käufer kann, wie beim vertragsmässig vorbehaltenen oder gesetzlichen Rücktrittsrecht, durch einseitige Erklärung den Kaufvertrag hinfällig machen, sondern „Wandelung verlangen" bedeutet: der Käufer kann vom Verkäufer die Annahme seines auf Aufhebung des Kaufvertrages gerichteten Antrages verlangen. So Planck, Kom. zu § 462.

---

[1]) So, besonders: Planck, Kom. ad § 462 B.G.B.; Dernburg, B.G.B. II. 2, pag. 57; Protokolle bei Mugdan.

[2]) So, besonders: Eccius bei Gruchot XLIII, pag. 316; Lobe, sächs. Archiv für bürgerl. Recht, Bd. IX, pag. 104; Staub, Kom. z. H.G.B. ad § 377, pag. 1359 ff.; Matthiass, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I, pag. 450 ff.; Matthiass, D. J. Z. VII, pag. 205.

In ähnlicher Weise begründen Andere den Vertragscharakter der Wandelung.

So schreibt Staudinger[1]):

„Jene sog. ädilicischen Rechtsbehelfe gelten darum an sich auch nur für den Käufer und begründen zunächst keine Ansprüche des Verkäufers. Erst dann kommen auf Seite des Verkäufers unerwachsene Ansprüche zur Geltung, wenn nach § 465 die Wandelung oder Minderung „„vollzogen““ ist. In diesem Worte liegt an dieser Stelle ein eigenartiger Begriff. Durch die „„Vollziehung der Wandelung oder Minderung““ im Sinne des § 465 wird rechtlich festgestellt, dass Wandelung oder dass Minderung eintritt. „„Die Vollziehung der Wandelung ist also — sagt Schollmeyer, Einzelne Schuldverhältnisse S. 16 ff., sehr treffend — nichts Anderes, als das beiderseitige Einverständnis von Käufer und Verkäufer darüber, dass gewandelt werden soll.““

Weiter bemerkt derselbe Autor:

„Die Vollziehung erfolgt vor allem nur auf Verlangen des Käufers. Dessen Begehren enthält zweifellos einen neuen Vertragsantrag, auf welchen in Bezug auf Gebundenheit, Ablehnung, Annahme und Widerruf die § 145 ff. B. G. B. anwendbar sind. Erklärt der Verkäufer daraufhin sein Einverständnis, so ist der vom Käufer gewählte und geltend gemachte Anspruch vollzogen.“

Endemann[2]) führt betreffs des § 462 B. G. B. folgendes aus:

„Damit ist nicht gesagt, dass der Käufer durch einseitige Erklärung die entsprechende Rechtswirkung herbeiführen könnte. Vielmehr soll sein Wandelungs- oder Minderungsbegehren als Vertragsantrag an den Verkäufer gelten; wenn dieser sich damit einverstanden erklärt, ist die Wandelung oder Minderung vollzogen. Bis zur Annahme kann der Käufer be-

---

[1]) Vgl. Staudinger, Kom. z. B.G.B. II. Bd. ad § 465, pag. 211.

[2]) Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Berlin 1899, Bd. I, S. 721. Vergl. noch folgende Ausführungen Endemanns a. a. O.: „Das ist eine der merkwürdigsten Stellen des B.G.B. — Nach den ursprünglichen Beschlüssen sollte der Käufer sofort an das Recht gebunden sein, welches er geltend macht. Das wurde mit Fug geändert. Nun aber entstand die Frage, von wann ab tritt eine Bindung (oder der Ausschluss des jus variandi) ein? Und damit verband sich die andere für die Bestimmung der Verjährungsfristen wesentliche Vorfrage, wie die Rechtsnatur des Wandelungs- und des Minderungsrechtes aufzufassen ist. Als beste Antwort erschien, dass dem Verkäufer gebührende Sicherheit gegeben werden muss; hat er sich mit dem erhobenen Anspruch einverstanden erklärt, so ist ein Definitivum geschaffen. So kam die zweite Kommission, nicht ohne Schwanken (Prot. S. 1375 f., 1402 f., 1421 f.; auch Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs Bd. I, S. 212—215) auf den Gedanken, den ganzen Vorgang nach Art eines Vertragsschlusses zu konstruieren. Und diese Konstruktion wurde durch § 465 zwingend festgelegt.“

liebig seinen Antrag zurückziehen und umändern; erst der Vertragsschluss bringt eine definitive Bindung zu Stande. Zu ihm gehört bei der Minderung auch die genaue Vereinbarung des Betrages, um den der Kaufpreis herabzusetzen ist. Andererseits steht der Anspruch des Käufers keineswegs in Abhängigkeit von dem Einverständnis des Verkäufers. Der Käufer hat einen wohlbegründeten Rechtsanspruch auf Wandelung oder Minderung. Kommt eine Einigung nicht zu Stande oder entzieht sich der Verkäufer der rechtzeitigen Erklärung, so kann der Käufer nach seiner Wahl auf Wandelung oder Minderung klagen."

Der Vertragstheorie huldigt trotz mancher Bedenken auch Dernburg[1]), wenn er ausführt:

„Man gestaltete das Recht des Käufers als einen Anspruch, kraft dessen er vom Verkäufer die Einwilligung in einen Vertrag über Wandelung verlangen könne, welche gemäss allgemeiner prozessualer Grundsätze durch rechtskräftige Verurteilung ersetzt wird."

Kuhlenbeck[2]) spricht sich betreffs der rechtlichen Natur der Wandelung dahin aus:

„Das B. G. B. bezeichnet seltsamer Weise nicht die tatsächliche Durchführung der Redhibition als Wandelung, sondern Wandelung im Sinne des B. G. B. (§ 465) ist nichts anderes als eine besondere Form der Aufhebung eines Vertrags durch mutuus dissensus und der Rechtsanspruch, der an Stelle der actio redhibitoria tritt, geht nicht mehr unmittelbar auf Rückgewähr des Kaufpreises, sondern zunächst nur auf Einwilligung in die Wandelung." Und weiter:

„Nach Massgabe des § 894 C. P. O. kann also bis zur Abgabe dieser Willenserklärung durch den Verkäufer oder deren Ersatz durch ein rechtskräftiges Urteil der Käufer seine Wahl ändern (ius variandi); sein „„Verlangen"" mag er es nun aussergerichtlich oder bereits gerichtlich durch Klage geltend gemacht haben, gilt nach der höchst eigentümlichen Auffassung des Bürgerl. Gesetzbuchs als „„Vertragsantrag"". Das „„Verlangen"", das sich immer schon entweder auf Wandelung oder auf Minderung richten muss, ist wohl zu unterscheiden von dem blossen Behaupten eines Mangels." — „Mit der Vollziehung der Wandelung (§ 465), wie die schwerfällige und sprachwiderliche Terminologie des B. G. B. lautet, ist weiter noch nichts erreicht, als dass nunmehr zwischen den Parteien in Ansehung des Kaufvertrags

---

[1]) Dernburg, B.G.B. II. Bd. 2. Abt., pag. 57; so auch Engelmann, Das alte und neue bürgerliche Recht Deutschlands 1899, pag. 333.

[2]) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. 1899, II. Bd., pag. 258.

dieselben obligatorischen Verpflichtungen bestehen, wie beim Rücktritt von einem Vertrage überhaupt, d. h. sie sind verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und zwar Zug um Zug. (§ 346, 348).“

Oertmann[1]) schreibt:

„Die ädilicischen Ansprüche gehen zunächst nicht auf Rückgewähr der vom Käufer gemachten bezw. über den zu ermässigenden Betrag gemachten Leistungen, sondern auf Einwilligung des Verkäufers in diejenige Rechtslage, die der Käufer auf Grund des vorhandenen Mangels zur Entstehung bringen zu lassen berechtigt ist.“ — „Der Käufer kann vom Verkäufer den Abschluss eines neuen Rechtsaktes (Vertrages) verlangen, der, und zwar in Gemässheit der Einzelbestimmungen des B. G. B. über Wandelung den alten Vertrag auflöst (wandelt)“.

Kipp[2]) wendet sich in längerer Darlegung besonders gegen die Konstruktion von Eccius:

„Eccius ist geneigt, unter Wandelung im Sinne des B. G. B. die Realisierung der Folgen der Wandelung, die Rückgewähr zu verstehen (S. 319, 323). Es ist aber m. E. soviel sicher, dass das B. G. B. unter Wandelung den Rechtsakt versteht, der gleichzeitig die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage aufhebt und diejenigen zur Rückgewähr (nach Analogie des Rücktrittsrechts [467]) begründet. Sonst könnte es nicht heissen: „die Wandelung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt“.

Weyl[3]) führt aus:

„Das B. G. B. gibt der Wandelung und der Minderung die unzweifelhaft etwas gesuchte Konstruktion eines auf Aufhebung des ursprünglich geschlossenen Kaufvertrages gerichteten neuen Vertrages; denn in § 465 erscheint sie erst durch Einwilligung des Verkäufers in die Erklärung des Käufers vollzogen, als Annahme des auf Vertragsaufhebung gerichteten Antrags.“

Schwarz[4]) äussert sich über die Wandelung folgendermassen:

„Wandelung und Minderung konstruiert das B. G. B. als einen Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer, dass dieser auf die Wandelung oder Minderung eingehe, mit ihm also einen diesbezüglichen Vertrag abschliesse. Sie bedeuten mithin kein einseitiges Rücktritts- bezw. Minderungsrecht des Käufers.“

---

[1]) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 1899 zu § 462 Note 3, pag. 186, und zu § 465 Note 1, pag. 190.

[2]) Kipp in Windscheid, Pandektenrecht, 8. Aufl. v. Kipp 1900, II. Bd., pag. 657,

[3]) Weyl, Vorträge über das B.G.B. Bd. I, pag. 406 ff.

[4]) Schwarz, Grundriss des bürgerl. Rechts, Berlin 1901, I. Bd., pag. 164.

Auch Kohler[1]) hat sich gelegentlich über die rechtliche Natur der Wandelung geäussert. Er sagt:

„Bei der Wandelung hat das bürgerliche Gesetzbuch Bedenken getragen, schon der einseitigen Erklärung eine völlig abschliessende Bedeutung beizumessen und die Wahl zwischen Wandelung und Minderung schon hierdurch ein für allemal für erledigt zu erklären; es hat den Satz aufgestellt, dass der Rücktritt nicht durch einseitige Erklärung, sondern durch beiderseitiges, vertragsmässiges Tun der beiden Teile erfolgt, § 465 B.G.B.; wobei allerdings die Besonderheit gilt, dass der Berechtigte zur alsbaldigen Erklärung bei Ausschluss des Wandelungsrechts gezwungen werden kann, § 466 B.G.B. In letzterem Falle ist es eine einseitige Erklärung auf der einen und eine Nichterklärung auf der anderen Seite, was die Rechtslage festsetzt.“ — „Erst mit Einverständnis des Gegners tritt der Zustand ein, dass nunmehr die Wandelungsverbindlichkeiten massgebend werden.“

Diesen Vertretern der Vertragstheorie schliessen sich noch eine Anzahl von Schriftstellern an, die zwar in Einzelheiten abweichen, im Grossen und Ganzen aber an der Konstruktion der Wandelung als Vertrag, als Einigung zwischen Käufer und Verkäufer festhalten.

§ 2. Begründung der Vertragstheorie aus den Bestimmungen des B.G.B.

Bei der Erforschung der Natur des Wandelungsanspruchs werden wir zu untersuchen haben einmal, was sich aus den Bestimmungen des B.G.B. ergibt und sodann, was aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmungen zu entnehmen ist.

Der § 462 B.G.B. gibt dem Käufer den Anspruch, Wandelung zu verlangen von dem Verkäufer, und der nachfolgende § 465 B.G.B. sagt, dass die Wandelung vollzogen ist mit dem Einverständnis oder richtiger mit der Einverständniserklärung seitens des Verkäufers.

Beide §§ zusammen besagen also:

Der Käufer kann von dem Verkäufer verlangen, dass dieser sich einverstanden erkläre mit seinem — des Käufers — Begehren, das darauf gerichtet ist, ihre gegenseitige obligatorische Bindung hinsichtlich der Herbeiführung des status quo ante zu fixieren. Ist der Verkäufer mit dem Verlangen des Käufers einverstanden und erklärt er dies dem Käufer, so ist damit die

---

[1]) Kohler, in Busch Zeitschrift für deutschen Zivilprozess 1901, XXIX. Bd., pag. 26, 27.

Wandelung auch schon vollzogen, d. h. es ist zwischen den beiden Kontrahenten Einverständnis darüber zustande gekommen, sich gegenseitig von den Verpflichtungen des ursprünglichen Vertrages liberiert anzusehen und etwaige, bereits gemachte Leistungen zurückzugewähren, oder anders ausgedrückt: Der Käufer kann von dem Verkäufer die Befriedigung seines auf Zustimmung des Verkäufers zur Rückgängigmachung des Kaufes gerichteten Verlangens beanspruchen.

Wir sehen also, die Wandelung ist vollzogen mit Abschluss eines Vertrages, der den alten Vertrag zum Erlöschen bringt und für den Fall, dass bereits eine Leistung von den Kontrahenten erfolgt sein sollte, ein neues Schuldverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer begründet, das gerichtet ist auf Rückleistung des auf Grund des Kaufvertrages Geleisteten[1]).

Die Rückgewährung der gemachten Leistungen und die Liberierung von den Verpflichtungen aus dem ursprünglichen Rechtsgeschäfte sind demnach gemäss dieser Konstruktion der Wandelung nichts anderes als die Folgen der vollzogenen Wandelung, nichts anderes als die Wirkungen des Wandelungsvertrages, nie aber sind sie die Wandelung selbst.

Wie beim vertragsmässigen Rücktritt die Pflicht der Parteien zur Rückgewährung die Folge, die Wirkung des erklärten Rücktrittes ist, so sind auch bei der Wandelung die Pflicht des Verkäufers, die Leistung des Käufers diesem zurückzugewähren, und das Recht des Käufers auf diese Rückgewährung, nur die Wirkungen des Wandelungsvertrages als ihrer causa[2]).

---

[1]) Vgl. hier Kaulbach, der ausführt (pag. 18):

„Weshalb die zweite Kommission, um zur Verjährung zu gelangen, den Anspruch auf Vertragsschluss herangezogen und an den nahe liegenden Anspruch auf Rückgewähr, die alte actio redhibitoria nicht gedacht hat, ist manchem rätselhaft erschienen, und hat zu Missverständnissen geführt. So meint Haymann, dass die zweite Kommission in einem „seltsamen Irrtum befangen" den Anspruchscharakter der actio redhibitoria bezweifelt habe (vgl. Haymann a. a. O. S. 535).

Dass dieser Irrtum der zweiten Kommission nicht zugemutet werden kann, liegt auf der Hand. Es muss also eine andere Erklärung geben. Und sie ist einfach, wenn man davon ausgeht, dass der zweiten Kommission eben ein anderer Begriff der Wandelung als der frühere vorschwebt. Wandelung ist ihr nicht die tatsächliche Rückzahlung des Kaufpreises, sondern nur die „ „Aufhebung des Kaufes" ". Die Rückgewähr ist ihr erst eine Folge der Kaufsaufhebung. Stellt man dies voran, so ist die Uebergehung der alten actio redhibitoria und die Heranziehung des Vertragsanspruches durchaus verständlich. Die actio redhibitoria kann als Wandelungsanspruch nicht in Frage kommen, da sie erst aus der vollendeten Wandelung entsteht. Um bei der zu Grunde liegenden Auffassung der Wandelung als Kaufsaufhebung aber überhaupt noch einen Anspruch aus dem Wandelungsrecht zu gewinnen, blieb nur möglich, die Wandelung als Vertrag zu konstruieren. Eine andere Konstruktion hätte keinen Anspruch, sondern nur einseitige Rechte geschaffen.

[2]) Über die Frage, ob dieser Konstruktion nicht Bedenken hinsichtlich der prozessualischen Geltendmachung entgegenstehen, ist an dieser Stelle noch nicht zu handeln.

§ 3. Geschichte der Entstehung der §§ 462, 466 und ihr Zusammenhang.

Für die Frage nach der Bedeutung der beiden Paragraphen und ihrem Verhältnis zu einander ist die Geschichte ihrer Entstehung von besonderer Wichtigkeit.

In dem E. I. entsprach dem jetzigen § 462 B. G. B. der § 383.

Während dieser lautete:

„Ist die Haftung des Veräusserers nach den §§ 381, 382 begründet, so kann der Erwerber nach seiner Wahl verlangen, entweder, dass der Vertrag rückgängig gemacht (Wandelung) oder dass die Gegenleistung herabgesetzt werde (Minderung“,

sagt § 461 B. G. B.

„Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen.

Wenn in Bezug auf die Verschiedenheit dieser Fassung Haymann[1]) bemerkt:

„Die unbedeutenden Abweichungen des Wortlautes (des § 383 E. I.) von der jetzigen Fassung erklären sich daraus, dass der 1. Entwurf unter den allgemeinen Vorschriften für Schuldverhältnisse das Recht der Gewährleistung für alle Veräusserungsverträge regelte, während das Gesetzbuch die Materie ex professo innerhalb der Lehre vom Kaufe normiert,“

so ist wohl richtig, dass die Verschiedenheit der Stellung im System dort den Gebrauch des Wortes „Vertrag“ hier den des Wortes „Kauf“ rechtfertigt. Dass aber die Abweichung eine unbedeutende sei, trifft nur zu unter der Voraussetzung, dass das Wort „Kauf“ in § 462 im Sinne von Kaufvertrag verstanden wird (vgl. darüber unten S. 24).

Was aber den § 465 betrifft, so fehlt dessen Inhalt in E. I. Dieser bestimmte in § 383:

„Auf die Wahl zwischen dem Rechte der Wandelung und dem Rechte der Minderung finden die Vorschriften des § 208 und des § 209 Satz 1 entsprechende Anwendung.“ Die beiden zitierten §§ aber lauten: „Die Wahl ist vollzogen, wenn sie von dem wahlberechtigten Teile gegenüber dem anderen Teile erklärt worden ist“ und: „Die vollzogene Wahl ist unwiderruflich.“

---

[1]) Haymann bei Gruchot XLVI, pag. 530.

Was den § 384 E. I. in Verbindung mit § 208 E. I. anlangt, so ist folgendes zu sagen:

Der E. I. hat hier der Vornahme der Wahl — ob Wandelung oder Minderung — die juristische Konstruktion einer einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung gegeben. Der Wandelungsberechtigte konnte den Vertrag (Kaufvertrag, Tauschvertrag, Werkvertrag) durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung rückgängig machen.

Da auch der E. I. schon die Vorschriften über das vertragsmässige Rücktrittsrecht auf die Wandelung für anwendbar erklärt, so kommen wir zu dem Resultate, dass nach der Rückgängigmachung des Vertrages durch die einseitige Willenserklärung des Wandelungsberechtigten (im E. I. heisst es „Erwerber“) die „Vertragschliessenden“ gemäss § 427 E. I. „unter einander so berechtigt und verpflichtet sind, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre“, mit anderen Worten, den status quo ante zwischen Veräusserer und Erwerber wiederherzustellen. Sollte dieser frühere Rechtszustand aber durch irgend welche Leistung von Seite des Veräusserers oder Erwerbers bereits geändert sein, dann „sollte jeder Teil die empfangene Leistung zurückzugewähren verpflichtet sein“.

Von einer Einwilligung des Veräusserers als Voraussetzung dieser Rechte und Pflichten ist nirgends im E. I. die Rede und konnte auch nie die Rede sein, weil dies sicherlich der rechtlichen Natur der Wandelung als einer einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung des Erwerbers, wie sie der E. I. konstruieren wollte, widersprochen hätte.

Die Befürchtungen Jacubezkys, der sich wegen des für die Minderung gebrauchten Ausdruckes „dass die Gegenleistung „„herabgesetzt““ werde“, Besorgnis machte, sind wohl verständlich, allein ich glaube nicht, dass jemals irgend ein Anhänger der Vertragstheorie aus diesem Ausdrucke für die Vertragskonstruktion der Wandelung Kapital schlagen wird; tatsächlich hat es, soviel mir bekannt ist, noch niemand auch nur versucht.

Auch in den Motiven zum E. I. ist die Vertragskonstruktion der Wandelung abgelehnt. Dort heisst es:

„Der Entwurf gestaltet das Recht der Wandelung wesentlich im Anschlusse an die Vorschriften des vertragsmässigen Rücktrittsrechtes. Hierdurch ist in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte vor allem ausgesprochen, dass die an die Wandelung sich knüpfenden Rechte und Pflichten der Parteien unmittelbar, und nicht erst durch ein sich anschliessendes Rechtsgeschäft oder Urteil hervorgerufen, die Vertragschliessen-

den unter einander obligatorisch so berechtigt und verpflichtet werden, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre."

Dies ist die Konstruktion, wie sie der E. I. enthielt und wie sie vor die Kommission 2. Lesung gelangte. Der Standpunkt des Entwurfes war der, dass die Wandelung (wie im sächs. G. B. §§ 912—913, Code 1634, 1646, schweiz. Oblig. Recht 253, hessischen Entwurf 172, 173, bayr. Entwurf 326, 327, Dresdener Entwurf 182), nichts anderes sei als die actio redhibitoria des römischen und gemeinen Rechts, aber mit den Modifikationen betreffs der Wahl.

Jetzt greift die Tätigkeit der zweiten Kommission in die Entwicklungsgeschichte des Wandelungsrechts ein.

Fünf Abänderungsanträge[1]) wurden aus der Mitte dieser Kommission zu den §§ 383, 384 E. I. gestellt, darunter der Antrag 1 § c:

„Im Falle der Haftung des Verkäufers kann der Käufer nach seiner Wahl Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen."

Ferner der Antrag 2, den § 383 zu fassen:

„Im Falle der Haftung des Verkäufers kann der Käufer nach seiner Wahl den Vertrag rückgängig machen (Wandelung) oder die Gegenleistung herabsetzen (Minderung);"

und demgemäss in den späteren Bestimmungen nicht von dem Verlangen der Wandelung oder Minderung sondern von Wandelung oder Minderung und nicht von dem Anspruche auf Wandelung oder Minderung, sondern von dem Rechte der Wandelung und Minderung zu sprechen;

ferner der Antrag 3: an Stelle des § 383 in erster Linie zu bestimmen:

„Im Falle der Haftung des Verkäufers kann der Käufer nach seiner Wahl vom Vertrage zurücktreten oder den Kaufpreis verhältnismässig mindern. Die Wahl ist vollzogen, wenn der Käufer dem Verkäufer gegenüber den Rücktritt sowie wenn er die Minderung erklärt hat. Die Erklärung ist unwiderruflich;"

eventuell:

„Im Falle der Haftung des Verkäufers kann der Käufer nach seiner Wahl die Ansprüche geltend machen, welche bei erfolgtem Rücktritte von dem Vertrage unter verhältnismässiger Minderung des Preises begründet sind. Die Wahl ist vollzogen, wenn . . . . (wie im ersten Teile dieses Antrages 3);"

ferner der Antrag 4, im § 383 und auch an den anderen Stellen das Recht auf Minderung zu streichen;

---

[1]) Mugdan (Protokolle), Bd. II, pag. 660 ff. ad §§ 383, 397.

und schliesslich der Antrag 5: den § 383 in der Fassung des Antrages 2 anzunehmen, ihm jedoch den Absatz anzufügen:

„Wenn jedoch nach den Umständen des Falles die Rückgängigmachung des Vertrages gegen Treu und Glauben verstossen würde, wenn insbesondere durch den Mangel der Sache der Wert oder die Tauglichkeit nur verhältnismässig unerheblich gemindert wird, so beschränkt sich das Recht des Käufers auf Herabsetzung der Gegenleistung.“

Dieser Antrag 5 wurde dahin modifiziert, den Zusatz, wie folgt, zu fassen:

„Wenn jedoch nach den Umständen des Falles durch den Mangel der Sache der Wert oder die Tauglichkeit so unerheblich gemindert wird, dass das Interesse des Käufers an der Vertragserfüllung dadurch nicht beseitigt wird, so beschränkt sich das Recht auf Herabsetzung der Gegenleistung.“

Nach den Protokollen wurde bei Beratung des § 383 E. I. folgendes ausgeführt:

„Auf einem wesentlich anderem Standpunkte steht der principale Antrag 3 bezw. der Antrag 8a. Nach beiden Anträgen soll im Falle der Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache der Käufer nicht ein Forderungsrecht, nicht einen Anspruch gegen den Verkäufer auf Herbeiführung der Wandelung oder Minderung haben; die Wandelung oder Minderung soll sich vielmehr dadurch vollziehen, dass der Käufer vor Ablauf der Gewährfrist durch eine einseitige Erklärung dem Verkäufer gegenüber bekundet, dass er von dem Vertrage zurücktrete oder den Kaufpreis verhältnismässig mindere“.

Weiter heisst es dort:

„Zu Gunsten des von der Mehrheit abgelehnten Vorschlags, die Ausübung des Rechtes der Wandelung oder der Minderung an eine einseitige innerhalb der Gewährfrist abzugebende Erklärung des Käufers zu knüpfen, wurde im Wesentlichen Folgendes geltend gemacht:

Die heutige Rechtsanschauung erblicke in der Mängelhaftung des Verkäufers eine materielle Abschwächung derjenigen Gebundenheit, welche für den Käufer mit dem Abschlusse des Kaufvertrages herbeigeführt werde, und verbinde mit dem letzteren von vornherein den Sinn, dass die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises abhängig sei von der Fehlerfreiheit der gekauften Sache. Für eine Kodifikation des bürgerlichen Rechtes sei deswegen bei der vorliegenden Regelung nicht das bestehende Recht, sondern lediglich die Frage ausschlaggebend, welche der vorgeschlagenen Rechtsformen sich harmonischer in das zu Grunde gelegte System einfüge

und den materiellen Interessen sowohl des Käufers als auch des Verkäufers am meisten gerecht werde."

Bei Beratung[1]) des § 384 wurde beantragt, diesen § zu streichen und als Absatz 2 des zu § 383 unter 1 § c mitgeteilten Antrages zu bestimmen:

„Die Wahl ist vollzogen, wenn sie von dem Käufer gegenüber dem Verkäufer erklärt worden ist."

Dann wurde beantragt, den Abs. 2 des § c zu streichen und als § c 1 aufzunehmen:

„Die Wandelung und die Minderung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber mit dem Verlangen des Letzteren, dass der Kauf rückgängig gemacht oder der Kaufpreis herabgesetzt wird, einverstanden erklärt hat, oder zur Wandelung oder Minderung rechtskräftig verurteilt ist" etc. . . . .

Bei der Beratung[2]) dieses Antrages wurde von der Kommissionsmehrheit unter anderem ausgeführt:

„Das Gesetz müsse der Rechtsanwendung einen deutlichen Fingerzeig über die ihm zu Grunde liegende Konstruktion geben. Der Entwurf konstruiere das Recht auf Wandelung nicht als das Recht, durch einseitige Erklärung den Vertrag zur Aufhebung zu bringen, sondern als Anspruch des Käufers, kraft dessen er vom Verkäufer die Einwilligung in die Aufhebung des Kaufes, die Abnahme des auf diesen gerichteten Vertragsantrags des Käufers verlangen könne. Die Wandelung sei mithin vollzogen mit der Erklärung des Einverständnisses seitens des Verkäufers oder der diese ersetzenden Verurteilung desselben."

Dieser § c 1 wurde denn auch in seiner ersten, oben angeführten, Hälfte von der Kommissionsmehrheit angenommen und ist enthalten in dem § 465 B. G. B.

Angeführt sei nur noch die folgende Protokollstelle; die Mehrheit der Kommission führte aus:

„Man könne das Verhältnis ohne Zwang in der Art gestalten, dass der Mangel den Käufer berechtige, die Aufhebung des Kaufes oder die Herabsetzung des Kaufpreises durch einen darauf gerichteten Vertrag vom Verkäufer zu verlangen. Weigere sich der Verkäufer einen solchen Vertrag einzugehen, so könne er darauf verklagt werden und werde durch das rechtskräftige Urteil nach den Vorschriften der Z. P. O. seine Einwilligung ersetzt. Als Folge der Aufhebung des Kaufes ergebe sich dann von selbst das Recht des Käufers, die Zahlung des

---

[1]) Mugdan, II. Bd., pag. 665 ff.
[2]) Mugdan, II. Bd., pag. 666 ff.

Kaufpreises zu verweigern und, falls er bereits gezahlt habe, das Gezahlte zurückzufordern, wobei er sich dann freilich seinerseits zur Herausgabe der erhaltenen Sache erbieten müsse. Von selbst verstehe es sich, dass er diese Ansprüche zugleich mit dem zu Grunde liegenden Anspruch auf Aufhebung oder Aenderung des Kaufes geltend machen könne. Bei dieser Konstruktion ergebe sich, dass immer ein Anspruch im Sinne des Entw. vorhanden, der Anspruch aber der Verjährung unterworfen sei.“

Gewiss haben nun Motive und Protokolle keine autoritative Kraft. Aber Niemand wird verkennen, dass für das Verständnis eines Gesetzes dessen Entstehungsgeschichte von grösster Bedeutung ist, wie denn auch das Reichsgericht[1]) in zahlreichen Entscheidungen sich dieses Interpretationsmittels bedient. Nach dem dargelegten Gang der Verhandlungen scheint es uns aber keinem Zweifel zu unterliegen, dass sie den Beweis erbringen für die Absicht der Kommission, dem Wandelungsanspruch die von uns verteidigte Gestalt zu geben. Ob diese Gestaltung gerade eine glückliche genannt werden kann, ist eine andere Frage.

2. Abschnitt.

Die Restitutionstheorie und die von ihren Vertretern gegen die Vertragstheorie geltend gemachten materiellrechtlichen Gründe.

Wenn gegen die Vertragstheorie[2]) eingewendet wird[3]), dass aus § 466 B.G.B. hervorgehe, dass die Wandelung auch in anderer Weise als durch Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer vollzogen werden könne, so ist dies nicht zutreffend.

Der § 466 B.G.B. ist für solche Fälle festgesetzt, in welchen der Käufer, sei es aus Unkenntnis der Rechtsnormen oder sei es deshalb, weil er sich noch nicht schlüssig ist, welchen Anspruch er geltend machen will, dem Verkäufer nur mitteilt, dass er eine mangelhafte Sache erhalten habe. Weil aber die Mängelanzeige allein noch nicht genügt, um von Seite des Verkäufers den Wandelungsvertrag als vom Käufer beantragt

---

[1]) Vgl. z. B. R.G., 50, 143 betr. §§ 326 I, 2, 326 I, 3 B.G.B.; die Entscheidung des Reichsgerichts in 51, 3 erstreckt sich nur auf die Materialien zur Zivilprozessordnung.

[2]) Über das Wesen der Restitutionstheorie vergl. die Ausführungen oben unter I. Kap. 1. Abschn. § 1.

[3]) So insbesondere S t a u b, Komm. z. H.G.B. II. Bd. ad § 377, S. 1359.

abzuschliessen, so gibt das Gesetz dem Verkäufer zu seinem Schutze gegen etwaige Spekulation des Käufers und andere von dem Willen des Käufers unabhängige Schäden z. B. Steigen oder Fallen des Marktpreises der Ware, die Befugnis, baldige Entscheidung herbeizuführen, indem er unter Erbieten zur Wandelung eine Frist setzen kann, innerhalb welcher sich der Käufer erklärt haben muss, ob er Wandelung verlangt. Lässt der Käufer die Frist ohne Erklärung verstreichen, so hat er nur noch den Anspruch auf Minderung; verlangt er aber Wandelung, so ist damit der Wandelungsvertrag geschlossen, indem damit die Annahme der von dem Verkäufer angebotenen Wandelung erklärt ist.

Der § 466 spricht also nicht gegen, sondern für die Vertragsnatur der Wandelung. Er ergibt nicht, dass die Wandelung auch in anderer Weise als durch Vertrag vollzogen werden kann. Das Besondere ist nur das, dass, während sonst der Antrag auf Wandelung vom Käufer ausgeht, hier der Verkäufer der Offerierende ist, wenn er es auch vielleicht tut mit dem Wunsche, dass der Käufer nicht darauf eingehe und in der Hoffnung, dass sein Anerbieten durch Fristablauf hinfällig werde. Aber um Einigung und Vollziehung der Wandelung durch Vertrag handelt es sich hier wie dort. Dort tritt die Perfektion ein durch die auf das Verlangen des Käufers erfolgte Erklärung des Einverständnisses seitens des Verkäufers, hier durch die zustimmende Erklärung des Käufers auf die Bereiterklärung des Verkäufers; sagt dort der Käufer: ich verlange Wandelung, und erklärt darauf der Verkäufer: ich bin damit einverstanden, so sagt hier der Verkäufer: ich erbiete mich zur Wandelung, und darauf erklärt der Käufer: ich bin damit einverstanden. Wie will man leugnen, dass hier weniger ein Vertrag, eine Willenseinigung beider Teile über die Aufhebung des Kaufvertrages vorliege als dort? Ja im Fall des § 466 tritt der Vertragscharakter der Wandelung in gewissem Sinn noch schärfer hervor als nach § 465. Denn eine die Erklärung des Einverständnisses mit der beantragten Wandelung ersetzende Verurteilung ist hier ausgeschlossen.

Dass in § 465 der Käufer als der die Wandelung Verlangende genannt und die Vollziehung der Wandelung als mit dem Einverständnis des Verkäufers vollzogen bezeichnet wird, erklärt sich einfach aus dem regelmässigen Verlauf, wonach der Käufer als der Wandelungsberechtigte die Wandelung verlangt. Hiervon und nur hiervon bildet der § 466 eine im Interesse des Verkäufers aufgestellte Ausnahme, nicht aber eine Ausnahme davon, dass die Wandelung durch Vertrag vollzogen wird: die Wandelung ist, mag die Initiative der Regel

entsprechend vom Käufer oder ausnahmsweise vom Verkäufer ausgehen, immer eine Einigung.

Dass aus dem § 466 kein Gegenargument gegen die Vertragsnatur zu entnehmen ist, erkennen auch Gegner der Vertragstheorie an.

Nach Langheineken[1]) bleibt es für die Vertragskonstruktion unerheblich, ob die Initiative vom Käufer oder vom Verkäufer ausgeht.

Und Haymann[2]) sagt: „Man wird der gegnerischen Anschauung (d. i. der Vertragstheorie) auch nicht gerecht, wenn man wie Eccius, Lobe und Staub dies tun, ihr weiter entgegenhält, der § 466 B. G. B. beweise, dass die Wandelung gar nicht notwendig nach Massgabe des § 465, d. h. durch Annahme der Offerte des Käufers durch den Verkäufer vollzogen werden müsse, sondern auch durch Annahme der Offerte des Verkäufers sich vollziehen könne. Denn die Vertragstheorie entnimmt dem § 465 nur den einfachen Grundgedanken, dass die von dem Käufer nach § 462 zu beanspruchende Wandelung nur durch das Medium einer Willenseinigung der Kontrahenten sich verwirklichen lasse. Ob aber diese Einigung auf die Offerte des Käufers oder die des Verkäufers zu Stande kommt, halten auch die Anhänger der Vertragstheorie durch den § 465 nicht für massgebend bestimmt.“

Wenn Eccius[3]) zugibt, dass auch im Falle des § 466 eine „vertragsmässige Wandelung“ vorliege, dass aber, wie Staub meint, in dem § 465 B. G. B. jedenfalls nicht die nach dem Gesetz allein denkbare Vollziehung der Wandelung zu finden sei, und dass der Gesetzgeber dem § 466, wenn er die Wandelung als Vertrag hätte konstruiert wissen wollen, einen ganz anderen Wortlaut hätte geben müssen, so kann letzteres nicht als ein stichhaltiges Argument anerkannt werden; denn mit dem gleichen Recht könnte man auch sagen: wenn der Gesetzgeber die Konstruktion von Eccius hätte in dem Gesetze niederlegen wollen, hätte er dem § 465 nur den Wortlaut geben brauchen: „Die Wandelung ist vollzogen, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers gegen Rückgabe der Kaufsache den Kaufpreis zurückgeleistet hat“; oder der Gesetzgeber hätte den § 465 überhaupt aus dem Gesetze herauslassen können. Die Bedeutung des § 465 kann durch dieses Argument nicht entkräftet werden.

---

[1]) Langheineken in „Anspruch und Einrede“, S. 219, Anm. 5.
[2]) Haymann bei Gruchot, Bd. 46, S. 543.
[3]) Eccius in Gruchot, Bd. 43, S. 324, 325.

Ausser der Berufung auf den § 466 führt man gegen die Vertragstheorie weiter an:

Wäre das Wandelungsverlangen des Käufers ein Vertragsantrag (Offerte), so müsste es mangels rechtzeitiger Annahme gemäss § 147 B. G. B. wieder erlöschen.

Dieser Einwand wird von Oertmann[1]) in treffender Weise widerlegt: „Dieser nicht von allen Gegnern verwertete Gesichtspunkt scheitert von vornherein an der aus § 148 B. G. B. sofort ersichtlichen bloss dispositiven Bedeutung des § 147. Das Wandelungsbegehren ist ferner, wenn schon eine Offerte, so doch eine solche von ganz besonderer Art: der Käufer übt damit ein ihm bereits zustehendes Recht aus, und es ist nicht anzunehmen, dass er diese seine Rechtsausübungshandlung nur bis zur widerspruchslosen Pflichterfüllung des Gegners, als welche sich hier die Annahme der Offerte darstellt, gelten lassen wolle. Dass er seine Gewährleistungsansprüche zur Geltung zu bringen gedenkt, hat er durch das Wandelungsbegehren unzweideutig bewiesen, und solange er nicht zum Minderungsbegehren übergeht, darf er im Zweifel als bei jenem feststehend angesehen werden. Allerdings ist die Wandelungsofferte bis zur Annahme widerruflich; das ergibt sich, von anderen Erwägungen abgesehen, schon mit Sicherheit aus § 465 in Verbindung mit § 462 B. G. B.“

Wichtiger erscheint auf den ersten Blick, was Eccius[2]) gegen die Konstruktion der Wandelung als Vertrag vorbringt. Er will unter Wandelung im Sinne des B. G. B. die Realisierung der Folgen der Wandelung, also die Rückgewähr verstehen.

„Das Wort „„Wandelung““, sagt er, „wird in § 462 B. G. B. durch die Worte „„Rückgängigmachung des Kaufes““ erläutert. Die Wahl dieser Worte an Stelle des Ausdrucks „„Aufhebung““ deutet gerade darauf, dass nach dem Inhalte des Wandelungsrechts dasjenige rückgängig gemacht werden soll, was auf Grund des Kaufs geleistet ist. Ein Vertrag über Wandelung nimmt also alles in sich auf, was in § 467 über die Folgen der Wandelung bestimmt ist.“

Was würde sich aus dieser auf § 462 B. G. B. aufgebauten Konstruktion in Zusammenhalt mit § 465 ergeben? Das Resultat wäre: Die Wandelung (= Rückgewähr der Leistungen [nach Eccius]) ist vollzogen, wenn der Verkäufer mit dem Verlangen des Käufers sich einverstanden erklärt, es wäre also schon zurückgeleistet, wenn die Einverständniserklärung abgegeben wird. Das ist natürlich undenkbar. Eccius sucht

[1]) Oertmann im „Recht“ 1904, Nr. 1, S. 4.
[2]) Eccius bei Gruchot, Bd. 43, S. 319.

sich so zu helfen, dass er dem § 465 lediglich die Bedeutung beilegt: es solle durch ihn nur der Zeitpunkt festgelegt werden, in dem das Recht des Käufers, von dem einmal betätigten Wandelungsbegehren wieder abzugehen, abgeschnitten sei. Gewiss hat der § 465 auch diesen Inhalt, wie dies namentlich unzweifelhaft war als es statt: „Die Wandelung ist vollzogen . . . . .“ noch hiess: „Die Wahl ist vollzogen . . . . .“ Dass aber, wie Eccius namentlich aus dem Worte „wenn“ folgert, in dem § 465 nur das Eine zum Ausdruck gebracht sei, dass die Wandelung auch durch einen Wandelungsvertrag in Vollzug gesetzt werden könne und dann bereits mit der Willenseinigung vollführt sei, ist entschieden abzulehnen.

Wenn Eccius[1]) selbst bemerkt: „Man mag letzteres trivial und selbstverständlich nennen“, so ist dem nur beizustimmen. Denn wenn man eine in Gesetzestexte und in den Materialien so deutlich ausgedrückte Konstruktion wie die der Wandelung dadurch beseitigen zu können glaubt, dass man meint, die bedeutendsten Vertreter der Rechtswissenschaft arbeiteten an einem Gesetze über 20 Jahre, um in einem Paragraphen „klar stellen zu können“, dass zwei Parteien durch gütliches Uebereinkommen eine strittige Frage regeln könnten — Käufer und Verkäufer auch durch Vertrag wandeln könnten, — so ist das allerdings ziemlich „trivial und selbstverständlich“.

Dass die Ausführungen von Eccius über den Sinn des § 465 besonders überzeugend wirkten, kann man nicht sagen. Aus dem nicht gerade klaren Satze[2]) (S. 325):

„Aus dem Gebrauche des hier (in § 465) vielleicht nur einen Zeitpunkt andeutenden „„wenn““ geht hervor, dass das Gesetz nicht das Wesen der Wandelung, als an einen Wandelungsvertrag geknüpft, bezeichnet, dass vielmehr nur das Eine zum Ausdruck gebracht ist, dass die Wandelung auch durch einen Wandelungsvertrag in Vollzug gesetzt werden könne und dann bereits mit der Willenseinigung nicht erst mit der Vollführung dessen, was danach geschehen soll, vollführt sei.“

ergibt sich, dass er den Ausdruck „Wandelung vollziehen“ in einem doppelten Sinne verstanden wissen will; in § 462 soll „Wandelung vollziehen“ bedeuten „Rückgewähr der Leistungen betätigen“, in § 465 dagegen nur Willenseinigung über die erst zu erfolgende Rückerstattung. Es ist aber gewiss im höchsten Grade bedenklich, dem Gesetzgeber zuzutrauen, dass er in zwei

---

[1]) Eccius a. a. O. S. 325.
[2]) Eccius a. a. O. S. 325.

fast unmittelbar auf einander folgenden Paragraphen das gleiche Wort in ganz verschiedenem Sinne braucht[1]).

Im Wesentlichen die gleichen Gründe und Bedenken gegen die Vertragstheorie, wie Staub und Eccius, bringt auch Matthiass[2]) vor. Wenn er ausserdem, um die Konstruktion der Wandelung als Vertrag als eine überflüssige Künstelei hinzustellen, den Vergleich zieht, dass man z. B. dem Darlehensgläubiger aus dem Darlehen zunächst nur den Anspruch auf Abschluss eines Vertrages auf Rückgabe und aus diesem erst den Anspruch auf die Rückgabe selbst geben könnte wie bei der Wandelung, so ist dabei, abgesehen davon, dass eben das Gesetz für die Wandelung besondere spezielle Grundsätze aufstellt, der Unterschied zwischen dem Anspruch auf Wandelung und dem Anspruch aus der Wandelung nicht genügend beachtet. Und gegenüber dem Argument, dass man dann bei jedem Anspruche auf Leistung einen derartigen Anspruch auf Vertragsschluss (wie ein solcher bei der Wandelung vorliegt) als Mittelglied einschieben könnte, ist zu erwidern, dass der Gesetzgeber dies auch sonst wohl hätte tun können, aber eben nur bei der Wandelung getan hat; daraus, dass er es in anderen Fällen nicht getan hat, folgt nicht, dass er es auch bei der Wandelung nicht getan hat.

Ein weiterer Einwand gegen die Vertragskonstruktion ist auch derjenige, der mit der Terminologie der Worte „Kauf" und „Kaufvertrag" operiert[3]). Es wird da die Frage aufgeworfen:

Was bedeutet „Kauf" und „Rückgängigmachung des Kaufes" in § 462 B. G. B.? Gebraucht der Gesetzgeber das Wort „Kauf" für „Kaufvertrag"?

Die Frage ist zweifellos zu bejahen. Wenn wir sehen, dass der Gesetzgeber in zahlreichen Stellen das Wort „Kauf" im Sinne von Kaufvertrag gebraucht, — vgl. §§ 439, 1; 449, 2; 458; 468; 495, 2; auch § 445 — und, dass dies gerade auch in dem dem § 462 vorhergehenden § 461, wie in dem ihm folgenden § 463 geschieht, so erscheint es als ausgeschlossen, dass im § 462 Kauf etwas anderes als Kaufvertrag bedeutet.

Dafür spricht auch die oben[4]) geschilderte Entstehung der §§ 462 und 465. Der Entwurf I. regelte in § 383 die Gewähr-

---

[1]) Vgl. „wenn" S. 325 und „ist vollzogen" für „wird vollzogen" bei Eccius a. a. O. S. 324.

[2]) Matthiass, „Die Wandelung nach dem B.G.B." in der D. J. Z., VII. Jahrgang, S. 206.

[3]) Werner, S. 282 f., 284.

[4]) Unter § 3, S. 14.

leistungsfrage für alle Veräusserungsverträge und sprach deshalb allgemein von Vertrag und dessen Rückgängigmachung bezw. Herabsetzung der Gegenleistung; dadurch, dass man später die Regelung der Wandelungslehre innerhalb der Lehre vom Kaufe unterbrachte, war man gezwungen, statt des allgemeinen Begriffes „Vertrag" den speziellen Begriff „Kauf", aber eben im Sinne von Kaufvertrag zu setzen. Statt aller entgeltlichen Verträge kommt jetzt nur eine Art derselben, der Kaufvertrag in Betracht, und in § 493 sind die für diesen einen Vertrag aufgestellten Grundsätze, die Vorschriften über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mangel der Sache auch auf andere Verträge, die auf Veräusserung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, für entsprechend anwendbar erklärt.

So sagt auch Planck[1]): „Die Wandelung besteht in der Rückgängigmachung des Kaufvertrags durch einen ihn aufhebenden Vertrag", und Düringer und Hachenburg[2]): „Weist der Käufer die mangelhafte Ware zurück, so ist dies die Ausübung des ihm nach § 462 B.G.B. zustehenden Rechtes, Rückgängigmachung des Kaufvertrages zu verlangen."

Der Einwand von Eccius[3]), der sich darauf stützt, der Wandelungsanspruch gehe dahin, „dass der Verkäufer in Ausführung der Rückgängigmachung des Kaufs die Geltendmachung irgend eines Rechtes aus dem Kauf unterlasse" oder „dass der Verkäufer sich jeder Forderung aus dem rückgängig zu machenden Kaufvertrage zu enthalten habe", ist darum nicht stichhaltig, weil er auf der unbegründeten Auffassung beruht, der Anspruch des Wandelungsberechtigten gehe nur dahin, dass der Andere, der Wandelungsverpflichtete „etwas zu unterlassen" verpflichtet sei.

Dagegen bemerkt Haymann[4]) mit Recht, dass die Formulierung als Unterlassungsanspruch zu einem wohl nicht beabsichtigten Gegensatze des § 477 und des § 198 Satz 2 führen, auch der Absicht des 1. Entwurfes nach den Motiven widersprechen würde.

Auch das Bedenken von Dernburg[5]), — der übrigens sehr treffend den Wandelungsvertrag als „gesetzlich notwendigen Vertrag" bezeichnet, — es werde dem Käufer dadurch, dass er an seinen Vertragsantrag gebunden sei, das Recht des Entschluss-

---

[1]) Planck, Komm. z. B.G.B. ad § 462, Anm. 3.
[2]) Düringer und Hachenburg, das H.G.B., III. Bd., S. 82.
[3]) Eccius bei Gruchot 43, S. 322.
[4]) Haymann bei Gruchot 46, S. 544, Note 97.
[5]) Dernburg, II. Bd., § 185, S. 59.

wechsels, um deswillen doch allein der Gesetzgeber der Wandelung die Konstruktion als Vertrag gebe, in erheblichem Masse wieder genommen, was doch nicht dem Sinne des Gesetzes entspreche, kann nicht als berechtigt anerkannt werden. Gewiss hat der Käufer das Wandelungsrecht in erster Linie zu seinem Schutze und ebenso auch das Wahlrecht. Aber der Käufer hat das Wahlrecht auch lange genug. Wenn das Gesetz auch dem Käufer das Recht gegeben hat, nach Belieben Wandelung oder sofort Minderung zu verlangen, so wollte[1]) es doch nicht den Verkäufer dem Käufer auf Gnade und Ungnade ausliefern. Der Käufer soll nicht den Verkäufer unter dem Schutze des Wandelungsrechtes ausbeuten können, so dass er z. B. wenn der Marktpreis der Kaufsache steigt, statt der bereits verlangten Wandelung die ihm jetzt günstigere Minderung beanspruchen kann. Das wäre höchst ungerecht und würde in gröblicher Weise gegen die Grundsätze (Treu und Glauben) des B. G. B. verstossen.

Als besonders erheblich erscheint der auf § 480 gestützte Einwand, den Staub[2]) so formuliert:

„Aber auch der Hinweis auf § 480 B. G. B. beweist die Richtigkeit unseres Standpunktes. Dort ist dem Käufer neben den anderen Rechten das Recht gegeben, „„zu verlangen, dass ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird““. Der § 465 ist auch für dieses Recht für anwendbar erklärt. Soll nun auch dieses Recht erst entstehen durch einen Vertrag, inhalts dessen der Käufer die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangt und der Verkäufer sich mit dieser einverstanden erklärt?“

Haymann[3]), der sich diesen Ausführungen im Wesentlichen anschliesst, bemerkt dazu noch: „Dass „„Rückgängigmachung des Kaufes““ nichts Anderes sei als Beseitigung des Kaufvertrags durch einen Aufhebungsvertrag, ist sprachlich wenigstens noch denkbar, dass aber der Anspruch auf Abschluss eines Lieferungs- oder genauer Umtauschvertrages bedeute, das ist sprachlich doch wohl ausgeschlossen“!

Das Gewicht dieses Arguments wird aber aufgehoben durch folgende Erwägung:

Wenn nach § 480 B. G. B. auf diesen Anspruch des Käufers einer nur der Gattung nach bestimmten Sache — statt der Wandelung oder Minderung zu verlangen, dass ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird —

---

[1]) Vgl. Protokolle ad § 383 E. I.

[2]) Vgl. Staub ad § 377 H.G.B., S. 1359 ff., Anm. 46.

[3]) Haymann bei Gruchot a. a. O. S. 541.

neben anderen für die Gewährleistung beim Spezieskauf geltenden Vorschriften auch der § 465 entsprechende Anwendung finden soll, so scheint das allerdings auf den ersten Blick vom Standpunkte der Vertragstheorie unlogisch und unannehmbar und darum eben diese Theorie nicht haltbar. Aber mit der Anordnung entsprechender Anwendung gewisser Gewährleistungsvorschriften ist keineswegs gesagt, dass nun alles ganz in gleicher Weise gelten muss, wie denn auch in § 480 Abs. 2 bei dem Schadensersatzanspruche wegen Nichterfüllung, der statt Wandelung, Minderung oder Lieferung einer mangelfreien Sache geltend gemacht werden kann, von einer entsprechenden Anwendung nicht die Rede ist. Und man wird nicht leugnen können, dass der § 465 jedenfalls insofern auf den Nachlieferungsanspruch entsprechend anwendbar ist, als der diesen Anspruch dem Verkäufer gegenüber geltend machende Käufer durch Erklärung des Einverständnisses des Verkäufers, an diesen Anspruch gebunden ist und nun nicht mehr Wandelung oder Minderung verlangen kann: Hinsichtlich des Ausschlusses des ius variandi mit der Einverständniserklärung des Verkäufers findet der § 465 entsprechende Anwendung auf den Nachlieferungsanspruch des § 480.

Damit ist jene Deduktion, dass der § 480 einen Beweis gegen die Vertragsnatur der Wandelung darum liefere, weil für den Nachlieferungsanspruch einen Vertrag zu fordern, etwas unsinniges sein würde, hinfällig. Zwar wird man unserer Argumentation entgegenhalten, es werde eben damit anerkannt, dass der Sinn des § 465 nur der sei, das ius variandi zeitlich zu beschränken. Das ist aber nicht zutreffend. Man kann nur sagen, dass der § 465 auch die Bedeutung hat, dass der Käufer von seiner einmal getroffenen Entscheidung nicht wieder abgehen darf, sobald der Verkäufer sein Einverständnis mit derselben erklärt hat, aber seine alleinige Bedeutung ist das nicht. In jener Richtung, hinsichtlich des Ausschlusses des ius variandi, ist der § 465 auf den Fall des § 480 anwendbar; dass er es in einer anderen Richtung nicht ist, kann nicht als Grund dafür angeführt werden, dass er jene andere Richtung und Bedeutung nicht habe.

So hat denn auch das Reichsgericht[1]), speziell in Bezug auf den Wandelungsanspruch ausgesprochen, dass wenn das B. G. B. eine „entsprechende" Anwendung einzelner Bestimmungen vorschreibt, niemals die ganz gleichmässige Anwendbarkeit solcher Bestimmungen verlangt wird, sondern nur eine

---

[1]) R.G. 55, 110.

verständige und sinngemässe. In einem Urteil vom 16. Juni 1903 (R.G. Entsch. Bd. 55 Nr. 28) wird ausgeführt:

„Zunächst ist die Behauptung, dass gemäss § 467 B.G.B. im Falle der Wandelung die Sache nicht anders zu beurteilen sei, als wenn die Parteien vertragsmässig ein Rücktrittsrecht vereinbart, und die Klägerin von diesem Rechte Gebrauch gemacht hätte, nicht durchweg zutreffend; denn vor allem ist in § 467 B.G.B. nur eine „„entsprechende““ Anwendung einzelner für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltender Bestimmungen auf die Wandelung vorgeschrieben, woraus sich zur Genüge ergibt, dass der Gesetzgeber die ganz gleichmässige Anwendbarkeit aller für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Bestimmungen nicht hat vorschreiben wollen.“

Im Wesentlichen der gleiche Gedankengang, wie er eben entwickelt worden ist, findet sich neuerdings bei Oertmann; dessen Ausführungen lauten:

„Mit Entschiedenheit verwerten Haymann (S. 541) und Langheineken (S. 549) den § 480 Abs. 1 im Sinne ihrer Lehre:

Indem auch § 465 als entsprechend anwendbar bezeichnet wird, soll sich hier im Sinne der Vertragstheorie ein Widerspruch zwischen S. 1 und S. 2 (des § 480 Abs. 1 B.G.B.) ergeben: nach jenem kann ja der Käufer sofort eine fehlerlose Sache verlangen, während er nach S. 2 nur einen Anspruch auf Einwilligung der Verkäufers in Lieferung einer solchen haben könne.

Diese Konsequenz würde allerdings zur argen Diskreditierung der Vertragstheorie führen — wenn sie unvermeidlich wäre! Aber ist sie das? Jedenfalls finden auf den Anspruch aus § 480 die Regeln des § 465 nicht wörtliche, sondern nur entsprechende Anwendung. Dass diese nicht dahin führen darf, die gerade vorher in S. 1 des § 480 ausgesprochene Bedeutung des Anspruches, als direkt auf Nachlieferung gerichtet, zu verleugnen, ist doch wohl selbstverständlich, zumal die Heranziehung des § 465 auch ohnedies guten Sinn hat: er gibt den Zeitpunkt der Konzentration an. Wie der Käufer einer Speziessache sein Wahlrecht dadurch verliert, dass der Verkäufer auf das Wandelungs- oder Minderungsbegehren eingeht, so tritt auch beim Gattungskauf ein entsprechendes Ergebnis dadurch ein, dass der Verkäufer diejenige seiner drei alternativen Verpflichtungen, auf die der Käufer sein Begehren gerichtet hat, erfüllt — also je nachdem durch Einwilligung in das Wande-

---

[1]) Oertmann im „Recht“ 1904, Nr. 1, pag. 6.

lungsbegehren, in das Minderungsbegehren, Vornahme der Nachlieferung (nicht die nach S. 1 [des § 480 Abs. 1 B. G. B.] unnötige Einwilligung in die letztere)."

Als letzter auf materielle Gründe gestützter Einwand gegen die Vertragstheorie kommt in Betracht die Berufung auf § 479 mit seiner Bestimmung über die Aufrechenbarkeit des Schadensersatzanspruchs nach Vollendung der Verjährung. An der Spitze steht hier wieder Eccius[1]), dem Andere (Staub, Matthiass, Langheineken), folgen. Er sagt:

„Von dem Standpunkt aus, dass die Ausführung der Wandelung erst auf Grund eines Wandelungsvertrages verlangt werden kann, ist bis zu dessen Abschluss eine aufrechenbare Forderung nicht vorhanden. Vielleicht hat hier die im Gesetz nicht zum Ausdruck gelangte Konstruktion der zweiten Kommission dazu geführt, dass § 479 nicht auch diesen Fall der Aufrechnung erwähnt."

Es mag gestattet sein, zur Widerlegung dieser Argumentation zunächst auf die überzeugende Ausführungen von Flechtheim[2]) Bezug zu nehmen, die dahingehen: Nach § 479 B. G. B. kann der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn der Käufer vorher eine der in § 478 B. G. B. bezeichneten Handlungen vorgenommen hat. Durch diese Bestimmung des § 479 B. G. B. ist das allgemeine Aufrechnungsrecht des § 390 Satz 2 B. G. B. ziemlich eingeschränkt. Folgt man nun der von Eccius und Anderen vertretenen Ansicht, wonach bei gezahltem Kaufpreis der Wandelungsanspruch unmittelbar auf Rückzahlung gerichtet ist, so würde, da der § 479 B. G. B. den Wandelungsanspruch nicht trifft, dieser Anspruch gemäss § 390 Satz 2 auch ohne rechtzeitige Anzeige zur Aufrechnung geeignet bleiben.

Mit Recht sagt daher Flechtheim[3]):

„Es würde dieses Resultat natürlich in unlöslichem, sachlichem Widerspruch zu § 479 B. G. B. stehen. Dabei hat man gerade „„im Interesse der Einfachheit des Gesetzes"" davon abgesehen, den Schadensersatzanspruch gegenüber den anderen Gewährleistungsansprüchen hinsichtlich der Perpetuierung der Einreden zu privilegieren! (Prot. II. S. 1415.) Und nun hätte man gerade das umgekehrte Verhältnis!"

Die Ansicht von Eccius würde auch zu dem bedenklichen Resultat führen, dass derjenige Käufer, der den Kaufpreis be-

---

[1]) Eccius a. a. O. pag. 329.
[2]) Flechtheim in der D. J. Z., VII. Jahrgang, pag. 319 ff.
[3]) Flechtheim a. a. O. pag. 321.

reits gezahlt hat, besser gestellt wäre, als derjenige, der noch nicht gezahlt hat; dieses Ergebnis ist unverträglich mit dem Geiste zahlreicher Bestimmungen des B. G. B. So ist z. B. nach § 222 Abs. 2 B. G. B. derjenige, der, selbst in Unkenntnis der Verjährung einen bereits verjährten Anspruch befriedigt hat, schlechter gestellt als derjenige, der die Leistung nicht vorgenommen hat. Denn der Erstere kann das Geleistete nicht zurückfordern und von dem Letzteren kann die Leistung überhaupt nicht mehr erzwungen werden. Aehnlich ist es gemäss § 343 Abs. 1 Satz 3; ferner § 656 Abs. 1, § 762, § 821 und § 853 B. G. B.

Gerade darum, weil nach der von der zweiten Kommission angenommenen Ansicht und Konstruktion der Wandelungsanspruch auf Abschluss eines Wandelungsvertrages gerichtet ist, konnte er auch in § 479 nicht berücksichtigt werden, und der § 479 hat die erstrebte möglichste Gleichbehandlung aller Gewährleistungsansprüche und die Harmonie mit § 478 hergestellt.

II. Kapitel.

Die Geltendmachung des Wandelungsanspruchs und die hieraus entnommenen Einwendungen gegen die Vertragstheorie.

1. Abschnitt.

Aussergerichtliche Geltendmachung des Wandelungsanspruchs.

Wird die Wandelung aussergerichtlich geltend gemacht, so vollzieht sie sich in der Weise, dass Käufer und Verkäufer einig sind darüber, dass der Kaufvertrag gewandelt wird. Da sind nun zwei Fälle möglich:

1. Fall: Der Käufer und der Verkäufer haben beide noch nicht geleistet (der Käufer hat z. B. die Annahme der Kaufsache wegen eines Mangels, für den der Verkäufer nach § 459 B. G. B. haftet, verweigert). Dann besteht die Wandelung darin, dass beide darüber einig sind und dies einander erklären, dass der ursprüngliche Kaufvertrag als nicht

geschlossen angesehen werden soll. Es wird also die Rechtslage, wie sie zwischen Käufer und Verkäufer vor dem Kaufabschlusse war, der status quo ante, wieder hergestellt.

Die Geltendmachung der Wandelung kann natürlich nach § 465 B. G. B. wie nach § 466 B. G. B. erfolgen.

Das Erstere ist der Fall, wenn der Käufer die Wandelung direkt verlangt, das Letztere ist dann der Fall, wenn z. B. der Käufer die Annahme der Sache wegen eines Mangels derselben verweigert, es aber noch unentschieden lässt, wie er sich dem Verkäufer gegenüber verhalten wird. Der Verkäufer kann dann unter Festsetzung einer angemessenen Frist und unter Erbietung zur Wandlung eine bestimmte Erklärung von dem Käufer verlangen § 466 B. G. B. Verlangt nun der Käufer Wandelung, so ist diese auch schon vollzogen.

2. Fall: Käufer und Verkäufer haben entweder beide schon ganz geleistet oder der Eine von ihnen hat bereits erfüllt oder sie haben teilweise ihre Vertragsverpflichtungen erfüllt.

Dann besteht die Wandelung ebenso wie im 1. Falle darin, dass der ursprüngliche Kaufvertrag als überhaupt gar nicht geschlossen betrachtet wird. Hinsichtlich der bereits gemachten Leistungen entsteht ein ganz neues Schuldverhältnis gemäss den auf die Wandelung für anwendbar erklärten §§ 346—348, 350—354, 356 B. G. B. des vertragsmässigen Rücktrittsrechts, wonach die Parteien verpflichtet sind, das ihnen Geleistete Zug um Zug zurückzugewähren. Diese Rückgewähr der Leistungen ist aber nicht mehr Wandelung selbst, sondern das sind nur die gesetzlichen Wirkungen der Wandelung als der Rückgängigmachung des ursprünglichen Vertrages, gesetzliche Wirkungen nur im Sinne von: Wirkungen der Wandelung gemäss den auf letztere für anwendbar erklärten Vorschriften über das vertragsmässige Rücktrittsrecht.

Die Rückgewähr der Leistungen ist also die Folge der vollzogenen Wandelung, gerade so wie beim vertragsmässigen Rücktritt die Rückgewährverpflichtung die Folge der Rücktrittserklärung ist.

2. Abschnitt.

Gerichtliche Geltendmachung des Wandelungsanspruchs.

§ 1. Geltendmachung des Wandelungsanspruchs durch Einrede.

Die Frage, ob die Aufhebungsansprüche geeignet sind, einredeweise geltend gemacht zu werden, hat in mehrfacher

Beziehung praktisches Interesse, besonders aber dadurch, dass die Vorschützung einer Einrede im Gegensatz zur Erhebung einer Widerklage keine besonderen Kosten verursacht, und sodann dadurch, dass die Einrede auch noch in der Berufungsinstanz vorgeschützt werden kann. Auch hier steht der Wandelungsanspruch im Vordergrund des Interesses.

Wenn davon die Rede ist, ob das Wandelungsrecht einredeweise geltend gemacht werden kann, so ist selbstverständlich auseinanderzuhalten (vergl. zum Folgenden Friedenthal, „Einwendung und Einrede in der C. P. O. und dem B. G. B.“, der sich allerdings über die hier besprochenen Spezialfragen völlig ausschweigt) der „Wandelungseinwand“, d. h. die auf eine vollzogene Wandelung gestützte Behauptung des Käufers, dass die Kaufpreisforderung erloschen sei, und die „Wandelungseinrede“, d. h. das Recht des Wandelungsberechtigten, die Erfüllung der noch nicht durch Wandelung erloschenen Kaufpreisforderung zu verlangen.

Der Wandelungseinwand ist also nur im prozessualen Sinne eine Einrede. Er setzt einen vollzogenen Wandelungsvertrag voraus, sei es nun, dass das Einverständnis des Verkäufers freiwillig erteilt oder durch Urteil erzwungen ist, mag die Wandelung zu Stande gekommen sein vor dem Prozess über die Kaufpreisforderung oder während desselben [1]).

Anders hingegen ist es mit der eigentlichen Wandelungseinrede.

Hier kommt in Betracht der § 478 B. G. B. Dieser lautet:

„Hat der Käufer den Mangel dem Verkäufer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet, bevor der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung verjährt war, so kann er auch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde. Das Gleiche . . .“

Dieser § 478 B. G. B. ist eigentlich nichts Anderes als eine Anwendung des allgemeinen Satzes: „Quae ad agendum sunt temporalia, perpetua sunt ad excipiendum,“ wie er uns in § 821 853 entgegentritt.

Der Grund dafür, dass das Gesetz die Einrede auch nach Verjährung des Anspruchs noch zulässt, liegt darin, dass es der Auffassung des Lebens durchaus widersprechen würde, wenn der Käufer, der seinerseits noch gar nicht erfüllt hat, also tatsächlich vielleicht gar keinen Nachteil erlitten hat, zur Klage genötigt wäre, statt abzuwarten, ob nicht der Verkäufer mit Rücksicht auf den Mangel seinerseits von der Erhebung der

---

[1]) So Flechtheim bei Gruchot XLIV, pag. 78..

Klage auf den Kaufpreis absteht, und dass der Käufer, wenn er sich in dieser Erwartung getäuscht sieht, und der Verkäufer doch den Kaufpreis fordert, nachdem der Anspruch auf Wandelung verjährt ist, nicht wenigstens im Wege der Einrede noch geschützt sein sollte. Für den Verkäufer entsteht daraus kein Nachteil, da er ja durch das in § 466 B.G.B. verliehene Recht, den Käufer nach der Anzeige des Mangels zur Erklärung aufzufordern, genügend gedeckt ist.

Das Zugestehen der Wandelungseinrede auch nach der Verjährung des Anspruchs ist aber nicht nur an die Voraussetzung geknüpft, dass der Käufer schon vor Vollendung der Verjährung eine der in § 478 B.G.B. bezeichneten Handlungen vorgenommen hat, sondern die Einrede ist auch inhaltlich[1]) beschränkt: es handelt sich im § 478 nicht darum, dass der Käufer im Wege der Einrede durch sein Begehren die Wandelung herbeiführen kann, er soll nur gegenüber der Klage auf Zahlung des Kaufpreises diesen zu verweigern berechtigt sein, so dass es sich nicht um verteidigungsweise Geltendmachung eines Anspruchs, also des Rechtes, vom Gegner ein Tun oder Unterlassen zu fordern, handelt, sondern um das Recht, eine Leistung zu verweigern, um eine Einrede in dem technischen Sinne, in welchem das B. G. B. diesen Ausdruck braucht. Aus der Bestimmung des § 478 kann mithin ein Argument dagegen, dass die Wandelung nur durch Vertrag erfolgt, nicht entnommen werden.

Der Ausgang eines solchen Prozesses, in dem die Wandelungseinrede erhoben wird, kann nur ein zweifacher sein: Entweder der Verkäufer gibt sich zufrieden und ist mit der Wandelung einverstanden, und dann ist die Wandelung vollzogen in Form eines Vertrages. Seinen Anspruch auf Rückgewähr des eventuell bereits an den Käufer Geleisteten kann der Verkäufer, sei es in dem Rechtsstreite über den Kaufgeldanspruch, sei es mittels einer besonderen Klage geltend machen. Oder aber der Verkäufer kann das Recht des Käufers zur Wandelung, resp. das Recht zur Geltendmachung der Wandelung mittels Einrede, bestreiten. Wird dann die Einrede für begründet erachtet, so ist der Verkäufer mit seiner Klage auf Zahlung des Kaufpreises abzuweisen. Eine Vollziehung der einredeweise begehrten Wandelung durch rechtskräftiges Urteil kommt nicht in Betracht, da das Urteil nach § 322 C. P. O. in Bezug auf die Einrede nicht der Rechtskraft fähig ist[2]).

Kohler meint zwar[3]):

„Liegt der Fall so, dass der Käufer durch Wandelung

---

[1]) So auch Kohler bei Busch, Bd. 29, S. 33 ff.

[2]) Vgl. Planck, Komm. z. B.G.B. ad § 478 Note 3a.

[3]) Kohler bei Busch XXIX, pag. 33.

einfach von der Zahlung des Kaufpreises frei wird (ohne Rückgabe der Sache), sei es, dass die Sache überhaupt noch nicht übergeben, sei es, dass sie untergegangen ist (§§ 346, 350, 467 B. G. B.), so kann der Käufer in einem Fall die Wandelung auch durch Einrede bewirken, wenn nämlich die Wandelungsklage verjährt ist; denn in diesem Falle liegt die einzige Bedeutung der Wandelung in der Nichtzahlung des noch rückständigen Kaufpreises, welcher den Gegenstand der Klage bietet, § 478 B. G. B. Anders, wenn die Wandelungsklage noch nicht verjährt ist, denn in diesem Falle kann die Wandelung noch weitere Folgen haben, Folgen, welche durch die Einrede nicht gedeckt sind; und auch hier gilt der Satz, dass Rücktritt und Wandel nicht teilweise geschehen kann."

Dem ist aber entgegen zu halten:

Es ist ja richtig, dass die einzige Bedeutung der Wandelung in dem von Kohler oben näher geschilderten Falle, in der Nichtzahlung des noch rückständigen Kaufpreises liegt. Es wird auch, wenn die Wandelungseinrede für begründet erachtet und die Kaufpreisklage des Verkäufers abgewiesen wird, derselbe Rechtszustand hergestellt, wie (cf. § 478 B. G. B.), wenn die Wandelung vollzogen worden wäre, allein vollzogen — Kohler sagt: „die Wandelung durch Einrede bewirken" — wird die Wandelung durch Einrede nie (ausser der Verkäufer ist eben miteinverstanden) und zwar aus dem schon oben angegebenen Grunde, weil das die Kaufpreisklage des Verkäufers abweisende Urteil nach § 322 Z. P. O. bezüglich der Einrede der Wandelung nicht der Rechtskraft fähig ist.

Neumann[1]) versucht die Wandelungseinrede des Käufers, um der Vertragskonstruktion der Wandelung gerecht zu werden, mit Hilfe des Zurückbehaltungsrechtes zu begründen, welches dem Käufer bezüglich des ganzen Kaufgeldes auf Grund seines fälligen Anspruchs auf Vollziehung der Wandelung zusteht.

Gegen Neumann hat aber sehr treffend Eccius[2]) eingewendet:

„Völlig abwegig ist m. E. hier der Standpunkt Neumanns, der gegenüber der Kaufgeldklage dem wandelungsberechtigten Käufer nicht Weigerung der Zahlung, sondern nur Zurückbehaltung bis zum Abschluss eines Wandelungsvertrags einräumen will. Es läuft dies doch darauf hinaus, dass der Käufer verurteilt werden müsste, das Kaufgeld zu zahlen, aber nur gegen Abschluss eines Vertrages, nach welchem er das Kaufgeld, zu dessen Zahlung er verurteilt war, wieder zurückfordern

[1]) Neumann, 1. Auflage, ad § 462 B.G.B. II. 1 b.
[2]) Eccius a. a. O. pag. 322.

kann. Eine solche Verurteilung wäre gewiss mehr als wunderlich."

Wieder in anderer Weise will Flechtheim[1]) die Wandelungseinrede konstruieren. Bevor auf diese Konstruktion eingegangen wird, sei in kurzen Zügen die Entstehungsgeschichte der Wandelungseinrede berührt.

Die Wandelungseinrede ist geboren im Schosse der zweiten Kommission. Die Gegner der Konstruktion der Wandelung als Anspruch meinten, dass die einredeweise Geltendmachung der Wandelung der Rechtsprechung Schwierigkeiten bereiten werde. Insbesondere erhebe sich die Frage, wie zu tenorieren sei, wenn die vom beklagten Käufer im Wege der Einrede geltend gemachte Wandelung für gerechtfertigt erachtet bezw. vom Kläger anerkannt werde. Zu einem unbilligen Ergebnis würde es führen, wenn man in diesem Falle den Kläger mit der Klage abwiese und es ihm überliesse, den bereits übergebenen Kaufgegenstand im Wege der Kondiktion zurückzufordern.

Die Mehrheit der Kommission hielt jedoch diese Bedenken nicht für begründet, indem sie ausführte: wenn es auch den Vorzug verdiene, den Wandelungsanspruch einer kurzen Verjährung zu unterwerfen, so könne sich daraus allerdings dann eine Benachteiligung des Käufers ergeben, wenn man in Uebereinstimmung mit dem Entwurf nach Ablauf der Verjährung die Rüge des Mangels auch nicht mehr im Wege der Einrede zulasse. Solange nämlich der Verkäufer keinen Anspruch auf den Kaufpreis erhebe, habe der Käufer keine Veranlassung, seine Rechte aus der Mangelhaftigkeit der Kaufsache im Wege der Klage geltend zu machen, weil seine tatsächliche Lage dem entspreche, was er von dem Verkäufer zu verlangen berechtigt sei. Zu offenbaren Unbilligkeiten würde es demnach führen, wenn der Käufer nach Ablauf der im § 397 bestimmten Frist sich gegenüber der Klage des Verkäufers nicht mehr auf die Mängel berufen könnte. Für die Perpetuierung der Einrede sprächen deswegen die nämlichen Gründe, welche die Kommission bewogen hätten, die Einrede des Betrugs und der Drohung auch nach Verjährung des Deliktsanspruchs fortbestehen zu lassen.

Hiezu komme noch, dass diese Modifikation des Entwurfs der bewährten Bestimmung des H. G. B. 349 und der in der preussischen Jurisprudenz herrschenden Auffassung entspreche, sowie zahlreichen in der Kritik des Entwurfs hervorgetretenen Wünschen Rechnung trage. Dass mit der Perpetuierung der

---

[1]) Flechtheim bei Gruchot, Bd. 44, S. 81 ff.

Einrede zum Teile auf die Vorteile verzichtet werde, welche mit der Gestaltung der im § 397 bestimmten Frist als Verjährungsfrist verbunden seien, könne nicht in Abrede gestellt werden. Die Verjährung sei jedoch ein rein positives, lediglich auf Zweckmässigkeitsgründen beruhendes Institut und deswegen in ihren Wirkungen zu beschränken, soweit das Verkehrsinteresse es erfordere. Endlich erscheine aber die Annahme, dass die Zulassung der Wandelung im Wege der Einrede zu Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung führen werde, nicht begründet; in dieser Beziehung sei darauf hinzuweisen, dass aus der auf dem gleichen Standpunkt stehenden Vorschrift des § 5 des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 sich praktische Unzuträglichkeiten bisher nicht ergeben hätten [1].

Aus dieser Begründung der Mehrheit der zweiten Kommission geht hervor, dass sie von dem Bestehen der Wandelungseinrede als etwas ganz Selbstverständlichem und Natürlichem ausging, obwohl ihr de lege lata ganz bedeutende Bedenken entgegenstehen. Mit Recht sagt Flechtheim [2]):

„Die einfachste und natürlichste Auffassung der Wandelungseinrede wäre die, dass der Käufer durch dieselbe Wandelung des Kaufes und damit Abweisung der Klage erzielte. Von diesem Standpunkt ging die Minderheit der zweiten Kommission in den oben wiedergegebenen Ausführungen aus, indem sie fürchtete, in Folge der Wandelungseinrede könne die Wandelung für gerechtfertigt erklärt werden, und hiergegen Bedenken erhob."

Die Unrichtigkeit dieser Auffassung aber, die auch Planck [3]) als falsch bezeichnet, ist schon oben dargelegt worden: von einer Vollziehung der Wandelung durch Wandelungseinrede kann darum nicht die Rede sein, weil nach § 322 Z.P.O. die Entscheidung betreffs der Einrede nicht der Rechtskraft fähig ist.

Dies erklärt sich übrigens, wie Flechtheim [4]) zutreffend bemerkt, aus dem ganzen Charakter der Wandelungseinrede. Die Einrede, meint er, wie sie das moderne Recht ausgebildet hat, und wie sie vom B.G.B. ganz unzweifelhaft übernommen ist, habe nur passive Wirkungen, blosse defensive Funktion. Sie könne kein Recht realisieren, sondern nur ein anderes

---

[1]) Protokolle, Bd. I, pag. 681, bei Mugdan.
[2]) Flechtheim bei Gruchot XXXXIV, pag. 83.
[3]) Planck a. a. O. ad § 478 Note 3a. Oertmann, Komm. S. 202 verweist bezüglich der jur. Konstruktion des § 478 B.G.B. als vorzüglich auf Planck, Bd. I, S. 272—273.
[4]) Flechtheim bei Gruchot, Bd. 44, S. 84.

Recht paralysieren, sie stellt sich dar als das Recht, eine an sich geschuldete Leistung zu verweigern[1]).

So spricht denn auch das Reichsgericht[2]) — mit ausdrücklicher Berufung auf § 293 Z. P. O. (§ 322 neuer Fassung) — aus, dass das Auflösungsrecht, weil nur durch Richterspruch vollziehbar, einredeweise nicht durchzusetzen ist.

Auch Staub führt einen Fall an, woraus der nur defensive Charakter der Einrede und ihre Unfähigkeit, von der Rechtskraft des Urteils erfasst zu werden, hervorgeht, wenn er sagt, dass die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft nicht einredeweise verlangt werden könne „weil das Urteil konstitutiven Charakter habe".

Flechtheim[3]) sucht nun die Wandelungseinrede als einen speziellen Fall des Chikaneverbots des § 226 B. G. B. zu konstruieren. Dieser Konstruktion bedarf es aber nicht. Denn man kann wohl mit Planck die Existenz der Wandelungseinrede auch schon vor der Verjährung des Wandelungsanspruchs annehmen, ohne dass man dadurch genötigt wäre, den Boden der Vertragstheorie auch nur im Geringsten zu verlassen.

Sonach beruht der Einwand, den die Gegner der Vertragskonstruktion gegen dieselbe deshalb erheben, weil nach § 478 B. G. B. die Wandelung auch in anderer Weise als durch Vertrag vollzogen werden könne, auf einer unrichtigen Auffassung des Charakters der Einrede.

Die Einrede der Wandelung ist auch bei der Konstruktion der Wandelung als Vertrag möglich und spricht in keiner Weise gegen diese.

§ 2. Geltendmachung des Wandelungsanspruchs durch Klage.

Die meisten Gegner der Vertragstheorie haben teils ausdrücklich, teils in verschleierten Redewendungen zugestanden, dass, wenn die Geltendmachung des Wandelungsanspruchs im Sinne der Vertragstheorie in einem Prozesse nach den Vorschriften unserer Z. P. O. möglich wäre, es ein eitles Unterfangen wäre, gegen die Vertragstheorie anzukämpfen. Es wird damit anerkannt, dass die Konstruktion der Wandelung als Vertrag im bürgerlichen Gesetzbuch doch bedeutend fester begründet ist als die Auffassung der Wandelung als einer einseitigen Erklärung, und zugleich die Schwierigkeit der praktischen Durchführung derselben betont[4]).

---

[1]) So auch Oertmann, Komm. zu § 462, Note 3b, S. 186.
[2]) R.G. XVII, S. 306; so auch Staub, H.G.B. Art. 125, 3.
[3]) Flechtheim a. a. O. S. 85, 86 ff.
[4]) Eccius a. a. O. (S. 2).

Diese bei der Annahme der Vertragstheorie in der Tat etwas komplizierte Geltendmachung des Wandelungsanspruchs im Prozess bietet darum neben den bisher erörterten materiellrechtlichen Gründen den Gegnern verschiedene Angriffspunkte[1].

So bemerkt Staub:[2])

„Meist wird angenommen, dass der Inhalt des Anspruchs der sei, dass der Käufer von dem Verkäufer die Annahme seiner auf Aufhebung des Kaufvertrages gerichteten Offerte verlangen könne (so insbes. Planck Anm. 3 zu § 462 B. G. B.; Neumann Anm. 2 b zu § 462 B. G. B.). Eigentlich müsste hiernach zunächst auf Abschliessung des Wandelungsvertrags geklagt werden, und erst nach rechtskräftiger Verurteilung auf Abschliessung des Vertrages könnte die Leistung auf Grund des Wandelungsrechts eingeklagt werden. Um dieser für die Praxis unerträglichen Konsequenz zu entgehen, wird versucht, die Verbindung der Klage auf Abschliessung des Wandelungsvertrages mit der Klage auf Rückleistung juristisch zu rechtfertigen (Neumann a. a. O.; Flechtheim bei Gruchot 44 S. 65) oder gar in der Geltendmachung der Wandelungsansprüche die Klage auf Einverständniserklärung implicite zu erblicken (so Goldmann und Lilienthal S. 30). Die vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung eines solchen Urteils bietet dann wieder besondere Schwierigkeiten, wie denn auch Planck Anm. 2 b zu § 467 B. G. B. das Urteil erst mit der Rechtskraft für vollstreckbar erachtet.

Alle diese fast unüberwindlichen konstruktiven und praktischen Schwierigkeiten ergeben sich aus derjenigen Theorie, Inhalts deren das Recht auf Wandelung ein Recht auf Abschluss eines Wandelungsvertrages ist."

Wenn nach der Vertragskonstruktion der Anspruch des Wandelungsberechtigten auf Erklärung des Einverständnisses zur Wandelung seitens des Wandelungsverpflichteten geht, so kann das Urteil den Verkäufer nur verurteilen, zur Wandelung sein Einverständnis zu erklären, und wenn dieses Urteil die Rechtskraft erlangt hat, ohne dass diese Erklärung abgegeben wird, so gilt sie nach Z. P. O. § 894 als abgegeben: mit der Erklärung bezüglich mit der Rechtskraft des Urteils ist die Wandelung vollzogen.

Nun ist aber die Frage nicht unberechtigt: Was nützt denn dem Käufer eine solche Verurteilung zur Erklärung des Wandelungseinverständnisses, wenn der Verkäufer nicht auch sofort zur tatsächlichen Rückgewähr des von dem Käufer Geleisteten in demselben Prozesse verurteilt werden kann?

---

[1]) Eccius a. a. O. (S. 2).

[2]) Vgl. Staub, Komm. z. H.G.B. ad § 377 Anm. 45, Bd. II, pag. 1359.

Sind zwei Prozesse notwendig, und — wenn dies der Fall — kann sich damit die Praxis, das Verkehrsleben abfinden?

Darauf gibt es natürlich nur eine Antwort:

Es ist unmöglich, zur Geltendmachung des Wandelungsanspruchs zwei Prozesse zu verlangen. Wenn es wirklich, wie Eccius meint, notwendig wäre, zwei Prozesse zu führen, um die Wandelung im Wege der Klage zu vollziehen, so wäre dies Hohn gesprochen dem modernen, die ganze Z.P.O. beherrschenden Prinzip, die Prozesse zu vereinfachen und zu beschleunigen. Die Vertragskonstruktion der Wandelung wäre dann unannehmbar. Darum nehmen auch die Vertreter der Vertragstheorie übereinstimmend an, dass beides, der Anspruch auf Erklärung des Einverständnisses zur Rückgängigmachung des Kaufes und der Anspruch auf Rückgewähr des zur Erfüllung des Kaufvertrags vom Käufer Geleisteten, im Wege der Klagenverbindung in einen Prozess verschmolzen werden kann.

So erklärt Planck[1]):

„Wenngleich die Rückleistungsansprüche des Verkäufers und des Käufers erst aus der vollzogenen Wandelung entstehen, so kann der Käufer doch mit dem Anspruch auf Wandelung zugleich in derselben Klage die ihm aus der Wandelung erwachsenden Ansprüche geltend machen. (P. II. S. 1364 [Bd. I S. 680]). Das Urteil, durch welches der Verkäufer verurteilt wird, in die Wandelung einzuwilligen und den Kaufpreis gegen Rückgewähr der Sache zurückzuzahlen, wird aber erst mit der Rechtskraft vollstreckbar. (§ 894 C.P.O.)“.

Gegen die Annahme der Zulässigkeit einer solchen Klagenverbindung, die allerdings grossen Bedenken unterliegt, Bedenken, die mehr als alle anderen Gründe gegen die Vertragstheorie sprechen, ist lebhafter Widerspruch erhoben worden.

Es ist zuerst Eccius[2]) gewesen, der die Unzulässigkeit begründet mit dem Satz:

„Es gibt keine Klage auf Leistungen, die unter der Bedingung angestellt wird, dass der Verklagte einen Vertrag schliessen werde, und ebensowenig kann unter der Bedingung, dass der Verklagte zu einem Vertragsschluss in demselben Rechtsstreit werde verurteilt werden, schon jetzt auf eine erst nach dem Vertragsschluss zu beanspruchende Leistung geklagt werden. Ein Anspruch, dessen Nativität erst hinter der Rechtskraft eines im Prozesse erbetenen Urteils liegt, ist notwendig, solange der Prozess dauert, actio nondum nata.“

---

[1]) Planck, Komm. II, pag. 253 ad § 467, Nr. 2h.

[2]) Eccius bei Gruchot XXXXIII, pag. 320 ff.

Ihm hat sich Matthiass[1]) angeschlossen:

„Es ist völlig zutreffend, wenn Eccius hervorhebt, dass in der Erhebung der Klage auf Erfüllung zugleich mit der Klage auf Abschluss des Wandelungsvertrages eine bedingte Anstellung der Leistungsklage liegt, die die C. P. O. nicht kennt.“

Eccius will mit seinen Ausführungen sagen:

Nach der Vertragstheorie muss der Käufer auf Einwilligung des Verkäufers in die Wandelung klagen. Diese Einwilligung wird nach § 894 C. P. O. ersetzt durch rechtskräftiges Urteil. Jetzt erst — also nach dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils — hat der Käufer den Anspruch aus der Wandelung, den Anspruch auf Rückgewähr des etwa von ihm an den Verkäufer Geleisteten. Dieser Rückgewähranspruch aus der nach der Vertragstheorie vollzogenen Wandelung ist aber erst vorhanden, im Zeitpunkte der Rechtskraft des Urteils, ist also im Zeitpunkte der Urteilsfällung noch nicht entstanden, ist actio nondum nata und kann deshalb auch nicht als Grundlage des Urteils, das zur Rückgewähr verurteilt, dienen.

Ein energischer Gegner ist Eccius erstanden in Flechtheim[2]). Nach ihm ist nicht die Klage bedingt angestellt, sondern bedingt sei nur der Anspruch. Richtig sei, dass die Begründetheit des ersten Klageantrages präjudiziell sei für den zweiten. Der Eintritt der Wandelung sei die condicio iuris für den Anspruch auf Rückleistung. Und diese condicio iuris sei erfüllt mit der rechtskräftigen Verurteilung zur Einwilligung in die Wandelung. Denn mit der Rechtskraft trete nach § 779 (jetzt 894) C. P. O. die Fiktion der Abgabe der Erklärung und damit die Entstehung des Rückforderungsrechtes ein. Nicht, hinter der Rechtskraft, sondern in derselben liege die Nativität des Anspruchs. Da nun vom Standpunkte der Prozessordnung erst das rechtskräftige Urteil — abgesehen von der nach Flechtheim hier nicht zulässigen, vorläufigen Vollstreckbarkeit — die Bedeutung eines massgeblichen autoritativen Ausspruchs habe, der Richter also als in diesem Momente judizierend gedacht werde, so stehe nichts im Wege, dass der Richter in einem Atem verurteile, hiemit Rechtswirkungen schaffe und auf Grund dieser Rechtswirkungen eine weitere Verurteilung folgen lasse. Die Auffassung von Eccius übersehe, dass eben alles zusammengedrängt erscheine auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils.

---

[1]) Matthiass, „Die Wandlung nach dem B.G.B.“ in der Deutschen Juristenzeitung, 7. Jahrgang, pag. 206.

[2]) Flechtheim bei Gruchot XXXXIV, pag. 74 ff.

Für die Zulässigkeit der Verbindung der beiden Klagen — auf Abgabe der Einwilligungserklärung und auf Rückgewähr der Leistungen — haben sich noch viele bedeutende Schriftsteller, Zivilisten wie Prozessualisten erklärt.

So sagt Kohler[1]) in seiner Abhandlung: „Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozess“, die sich geradezu als eine Polemik gegen Eccius Ansicht liest, obwohl sie lange Zeit vorher geschrieben ist, zu einer Zeit, da von einer Vertragskonstruktion der Wandelung noch keine Rede war:

„Das Gericht kann im Urteil nicht nur aussprechen, der Beklagte sei verpflichtet, eine Willenserklärung abzugeben, sondern auch, er sei nach abgegebener Willenserklärung verpflichtet, den hiedurch begründeten Rechtsverhältnissen zu entsprechen. Allerdings könnte man von formalistischem Standpunkte aus entgegnen: man darf Niemanden zur Befolgung eines Rechtsverhältnisses verurteilen, das erst begründet werden soll; zuerst das Rechtsverhältnis, dann der Anspruch, dann die prozessuale Klage; und warum Jemanden verurteilen, ohne dass ein Bedürfnis hierzu ersichtlich ist: der Verpflichtete wird ja wahrscheinlich von selbst der Verpflichtung nachkommen! Alles dies wäre aber formalistisch und hielte keiner tieferen Begründung Stand. Dass das Urteil im Falle des praktischen Bedürfnisses auch künftig entstehende Ansprüche festsetzen kann und dass aus solchen Festsetzungen nachträglich die Vollstreckung erfolgen kann, ist aus der Feststellungslehre bekannt. Eine Veranlassung, die künftige Erfüllung solcher Rechtsverhältnisse mit in den Prozess zu ziehen, ist hier durch die ganze Streitlage geboten: verweigert der Beklagte den Vertrag zu schliessen, so hat der Käufer gute Veranlassung, sofort Fürsorge zu treffen, dass ihm auch die Folgen des Vertrages exekutorisch sicher gestellt werden. Man streitet sich nicht ein paar Monate im Prozess, um daraufhin mit besonderer Freundlichkeit dem Gegner die Prozesserrungenschaften zu gewähren; und es ist ein unrichtiges prozessuales System, aus einem Prozesse unnötigerweise zwei zu machen. Daher ist es gestattet, nicht nur den Beklagten zur Vertragsschliessung zu verurteilen, sondern ihn weiter zu verurteilen, das zu zahlen, was er auf Grund des so geschlossenen Vertrages schuldig wird.“

Auch Hellwig[2]) vertritt in: „Anspruch und Klagerecht“ den Standpunkt, dass man die beiden Klagen verbinden könne:

„Als zweifellos zulässig erachte ich ferner die Klage aus solchen künftigen Ansprüchen, welche durch die von dem

---

[1]) Kohler, im Archiv für zivilist. Praxis, 80. Bd., pag. 288 ff.

[2]) Hellwig, „Anspruch und Klagerecht“, pag. 382, 383, Note 5.

Kläger zu fordernde Begründung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses entstehen werden. Die Voraussetzung ist aber, dass die Klage auf Erfüllung der Ansprüche, welche dann entstehen werden, verbunden wird.“ Und weiter:

„Hier mag nur darauf hingewiesen werden, dass die Ansprüche des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises zugleich mit der Klage auf Wandelung auch dann verfolgt werden können, wenn diese sich erst mit der Rechtskraft des aus § 465 B.G.B. verurteilenden Erkenntnisses vollzieht. Die Protokolle der II. Kommission S. 680 betrachten dies als selbstverständlich.“

Nach der von Hellwig citierten Stelle der Protokolle legte die Kommissionsmehrheit dar[1]):

„Von selbst verstehe es sich, dass der klagende Käufer diese Ansprüche (gemeint sind die Rückgewähransprüche) zugleich mit dem zu Grunde liegenden Anspruch auf Aufhebung oder Aenderung des Kaufes geltend machen könne.“

Wenn gegen diese Aeusserung der Kommissionsmehrheit geltend gemacht wird, dass aus ihr ganz klar hervorgeht, dass die II. Kommission sich über die Vertragskonstruktion der Wandelung und deren Tragweite selbst nicht klar gewesen sei und dass hier wohl der Wunsch der Vater des Gedankens gewesen, so ist das schwerlich gerechtfertigt angesichts des Umstandes, dass über die Wandelung und besonders über ihre gesetzestechnische Konstruktion eine so ausgedehnte und bis ins kleinste Detail geführte Debatte stattgefunden hat, wie bei kaum einer anderen Materie des B.G.B. von gleicher Bedeutung. Und was die „Selbstverständlichkeit“ der Verbindung der Klage auf Rückgewähr mit der Klage auf den zu Grunde liegenden Wandelungsanspruch betrifft, so ist eben zu beachten, dass auch die Kommissionsmehrheit, wie auch aus anderen Protokollstellen hervorgeht, der ausgesprochenen Ansicht[2]) gewesen ist, dass die Verbindung der beiden Klagen gar keinem Zweifel unterliegen könne.

Auch Kipp[3]) hat sich für die Verbindung der beiden Klagen ausgesprochen:

---

[1]) Protokolle bei Mugdan, II. Bd., pag. 663.

[2]) Unser Prozessrecht hat nur aufrecht erhalten, was schon die Römer anerkannt haben. Vgl. Gai II, 258. (Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam cauetur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo cui restituere rogatns est iussu | praetoris adeat et restituat, proindeque ei et in eum qui receperit «hereditatem», actiones dentur, ac iuris est ex senatus consulto Trebelliano, quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic qui restituit securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferentur, qui receperit hereditatem.)

[3]) Kipp in Windscheidts Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., II. Bd., S. 657.

„Der Hauptgrund, weswegen Eccius den Anspruch auf die Willenserklärung des Verkäufers verwirft, ist die Ansicht, dass es unmöglich sein würde, prozessualisch mit der Klage auf die Zustimmungserklärung des Verkäufers alsbald diejenige auf die reelle Rückgewähr zu verbinden, während es praktisches Bedürfnis sei, dass der Käufer die letztere Klage ohne Umfang erheben könne (S. 317 f. S. 327 f.). Ich glaube aber (Kieler Festg. f. Ihering 1892 S. 61 f.) nachgewiesen zu haben, dass der Verbindung einer Klage auf Abgabe einer Willenserklärung mit derjenigen auf Realisierung der Folgen dieser Erklärung nichts im Wege steht.“

Und weiter[1]):

„Geht der Klagantrag (bei der Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung) zugleich auf Erfüllung der durch die Willenserklärung zu übernehmenden Verpflichtung, so liegt mehr vor, als Klage auf Abgabe der Willenserklärung und zwar ist mit der Klage auf Willenserklärung eine Leistungsklage verbunden. Vielfach wird die Klage auf die Leistung schon aus demselben Grunde erhoben werden können, aus welchem auf die Willenserklärung geklagt wird, so dass diese oder gar ihre Fiktion zur Begründung der Leistungsklage gar nicht notwendig ist. In diesem Falle ist selbstverständlich die Verbindung der Leistungsklage mit der Klage auf Willenserklärung völlig unbedenklich.“ — „Vielfach gehört aber die Willenserklärung auch wirklich zur Begründung des Anspruchs auf die Leistung, und wo dies der Fall ist, wird, wenn die Leistungsklage zugleich mit der Klage auf die Willenserklärung erhoben wird, in Gestalt der ersteren eine zur Zeit der Klageerhebung noch nicht begründete, sondern erst demnächst zu begründende Klage erhoben.“

Kipp kommt danach zu dem Schlusse, dass es keinem Zweifel unterliege, dass mit jeder Klage auf eine Willenserklärung die Klage auf Realisierung ihrer Folgen verbunden werden könne. Sei auch der Grund dieser Klage, die Willenserklärung, noch nicht da, so müsse es doch genügen, dass der Grund des Grundes, der Anspruch auf die Willenserklärung vorhanden sei.

Der von den meisten Schriftstellern für die Zulässigkeit der Verbindung derartiger Klagen angeführte Fall aus dem römischen Recht ist der der Verletzung des Pflichtteilsrechts: die querela inofficiosi testamenti wurde mit der hereditatis petitio verbunden; obgleich doch erst durch die Querel das

---

[1]) Kipp in „Verurteilung zu Willenserklärung und zu Rechtshandlungen“, Kieler Festschrift für Ihering, S. 60 (20) ff.

Testament angefochten und umgestossen und erst damit das mit der hereditatis petitio geltend gemachte Intestaterbrecht des Klägers ins Leben gerufen wurde.

Daneben führt Kipp[1]) noch den Fall der in integrum restitutio an:

„Auch sonst hat das römische Recht nichts dagegen einzuwenden, dass, wenn ein Rechtsanspruch zur Zeit als solcher nicht besteht, der Kläger aber ein Recht hat, auf seine Begründung, die Klage auf Begründung des Anspruchs und diejenige auf dessen Erfüllung zu einem Verfahren verbunden werden. Man braucht hier nur auf das Wiedereinsetzungsverfahren zu verweisen, in welchem die Klage auf Erfüllung des durch die Wiedereinsetzung erst zu schaffenden Anspruchs zwar zu besonderem iudicium rescissorium verwiesen werden, aber auch in einem Verfahren mit der Wiedereinsetzung selbst, vom Prätor erledigt werden kann oder auf die querela inofficiosi testamenti, mit welcher die hereditatis petitio nicht blos verbunden werden kann, sondern nach manchen sogar verbunden werden muss. (D. 4,4, 13 § 1 [Ulp.]).

Diesem Argument will Langheineken[2]) die Beweiskraft dadurch entziehen, dass er in diesen Fällen dem Urteile seinem ganzen Inhalte nach konstitutiven Charakter beilegt. Bei der querela inofficiosi testamenti sei Gegenstand der urteilsmässigen Aufhebung das lieblose Testament, genauer: die Rechtswirkungen der Errichtung eines solchen Testaments und zwar nach der von der Justinianischen Kodifikation beliebten Regelung nicht nur diejenigen Rechtsfolgen, die sich unmittelbar an die Testamentserrichtung anschliessen, also in erster Linie die Eigenschaft des im Testament Instituierten als Erben, sondern auch die mittelbaren Rechtsfolgen, namentlich der durch die Erbschaftsantretung geschaffene Zustand.

Dagegen wendet Hellwig[3]) mit Recht ein, dass das Erkenntnis, welches den Erben zur Herausgabe des an ihn auf Grund eines testamentum inofficiosum gelangten Nachlasses verurteile, in dieser Beziehung keine Rechtsfolgen beseitige, sondern ihn vielmehr verurteile zu einer Leistung, die auf Grund der durch das Urteil zu vollziehenden Aufhebung seines Erbschaftserwerbs nach gesetzlicher Regel geschuldet werden wird. Diese Ansprüche entstehen auch dann und ohne weiteres, wenn das Urteil die Wiedereinsetzung etc. gewähre. Sehr treffend bemerkt Hellwig, dass man den Wert des Begriffs

---

[1]) Kipp, Kieler Festschrift für Ihering, S. 62 (22).

[2]) Langheineken, Urteilsanspruch, S. 229 f.

[3]) Hellwig, „Anspruch und Klagerecht", S. 382, Fussnote 4.

der konstitutiven Urteile aufhebe, wenn man Verurteilung zur Leistung darunter subsumiere.

Ebenso stimmt Hellwig[1]) mit Kipp überein hinsichtlich der beiden Fälle des römischen Rechts:

„Schon im bisherigen Prozessrecht war nicht daran zu zweifeln, dass mit der Klage auf Wiedereinsetzung die Klage aus den mit ihrer Vollziehung entstehenden Ansprüchen verbunden werden kann. Ebenso war sicher zulässig die Kumulation des Herausgabeanspruchs mit der querela inofficiosi testamenti oder mit der Klage auf Verurteilung des Fiduziars zur Antretung der Erbschaft und die Verbindung des Anspruchs auf Erfüllung des Vertrags mit der Klage, welche zu seiner Eingehung auf Grund eines Vorvertrags oder eines gesetzlichen Rechtszwangs (zum Kontrahieren) verurteilt."

Und neuerdings hat Hellwig[2]) nochmals die Zulässigkeit unserer Klagenverbindung betont. Gegenüber der von Eccius, Matthiass u. s. w. vertretenen Ansicht bemerkt er daselbst:

„Die clausula generalis des § 259 ermöglicht die Klage auf Verurteilung aus solchen zukünftigen Ansprüchen, die entstehen werden, wenn eine solche Begründung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses vollzogen sein wird, auf die der Kläger ein Recht hat, so z. B. aus Ansprüchen, die für den Kläger entstehen oder wieder entstehen werden: durch Vollzug der Wandelung oder Minderung. Mit der Klage auf Herstellung der bedingenden Rechtslage kann die Klage aus den zukünftigen Ansprüchen verbunden werden, wenn die Besorgnis des § 259 Z.P.O. vorhanden ist".

Mit Recht bekämpft er[3]) dabei die von Eccius und Matthiass aufgestellte Behauptung, dass im Falle der Verbindung der Wandelungsvollziehungs- und Wandelungsdurchführungsklage es sich um eine bedingte Erhebung der Leistungsklage handle. Der Wandelungsanspruch ist eben, wenn der Wandelungsberechtigte geklagt hat, kein bedingter; nur der Zeitpunkt seiner Entstehung ist ungewiss. Diese Ungewissheit, ob der Kläger sein vorhandenes Recht, auch seinen schon im Keime vorhandenen Anspruch auf Rückgewähr — das kann man wohl sagen, ohne die Vertragstheorie preiszugeben — zur gerichtlichen Anerkennung bringen wird, macht den künftigen Anspruch noch nicht zu einem bedingten im Rechtssinne.

Neben den bisher genannten Schriftstellern haben sich noch viele Andere für die Zulässigkeit einer Verbindung der

---

[1]) Hellwig, „Anspruch und Klagerecht", S. 382 ff.
[2]) Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts 1903, S. 375 ff.
[3]) Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts 1903, S. 375, Anm. 57.

Klage auf Einwilligung in die Wandelung und der Klage auf Rückleistung ausgesprochen.

So sagt Kuhlenbeck[1]):

„In der Praxis wird sich übrigens wohl auch in Zukunft die actio redhibitoria nicht in so schwerfälliger Weise vollziehen, wie sie sich jetzt im Gegensatz zum Pandektenrecht in der nur durch umständliche Kommentierung verständlichen Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches darstellt, vielmehr wird sie im Wesentlichen so wie bisher verlaufen, wenn nur der Käufer, im Falle eine gütliche Einigung nicht zu Stande kommt, mit der Klage auf „Vollziehung der Wandelung“ zugleich diejenige auf die sich hieraus für ihn ergebenden Ansprüche verbindet, was ja nach §§ 259, 894 Z.P.O. zulässig ist“.

Ferner Seuffert[2]):

„Anwendbar ist § 894 (Z.P.O.) aber auch bei der Verurteilung zur Einwilligung in einen obligatorischen oder familienrechtlichen Vertrag so z. B. . . . . ferner bei der Verurteilung zur Aufhebung oder Abänderung eines Vertrags so z. B. zum Einverständnisse mit der Wandelung oder der Minderung. (B.G.B. §§ 462, 463, 465, 634, 636) [vgl. Planck, Kom. z. B.G.B. Nr. 2, Abs. 1 zu § 465. Kipp in Windscheid, Pandekten (8) II. S. 657].

Auch Dernburg[3]) beruft sich auf § 259 Z.P.O.:

„Die Begründung der Klage auf die künftige Leistung lässt sich aus § 259 Z.P.O. entnehmen. Wenn der Beklagte sich zur Abgabe der Einwilligung in Wdlg. oder Mdrg. weigert, ist stets die Besorgnis gerechtfertigt, dass er sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Kuhlenbeck, Pandekten II. pag. 260.

Es dürfte sich folgender Antrag bei der Wdlg. empfehlen: den Beklagten zu verurteilen, in die Wdlg. des Kaufvertrages einzuwilligen, und demgemäss an Kläger den Kaufpreis gegen Rückgewähr der Sache zurückzuzahlen“.

Gegen Kuhlenbeck und die Berufung auf § 259 Z.P.O. hat sich besonders Haymann[4]) gewendet, weil damit dem § 259 Z.P.O. eine Ausdehnung gegeben sei, die ihm nicht zukomme, besonders deshalb, weil gar nicht sicher sei, ob dieser Paragraph auch auf bedingte Ansprüche angewendet werden dürfe.

---

1) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. S. 260.
2) Seuffert, Komm. z. Z.P.O. ad § 894, S. 589.
3) Dernburg a. a. O., II. Bd., § 185, S. 58, Anm. 12.
4) Haymann bei Gruchot, Bd. 46, S. 516.

Nun ist ja schon oben an der Hand besonders der Ausführungen von Hellwig dargetan, dass es sich gar nicht um bedingte Ansprüche bei der Wandelung handelt. Trotzdem mögen Haymann noch einige Worte betreffs der Anwendbarkeit des § 259 Z. P. O. auch auf bedingte Ansprüche gewidmet werden.

Der § 259 Z. P. O. ist erst bei der letzten Aenderung der Z. P. O. geschaffen worden und weist in seiner ganzen Fassung gegenüber den §§ 257, 258 Z. P. O. darauf hin, dass er mehr in allgemeinem Sinne aufgefasst werden soll, dass also besonders das Wort: „künftige" Leistung sowohl betagte wie bedingte Leistungen umfassen soll.

Dieser Ansicht sind denn auch die meisten Prozessualisten. So heisst es bei Struckmann-Koch[1]):

„Es gehören hierher (nämlich zu den Klagen auf künftige Leistung) nicht bloss befristete, sondern — abweichend von §§ 257, 258 — auch bedingte Ansprüche".

Und weiter[2]):

„Der Klagegrund im engeren Sinn z. B. die Tatsache, dass der Anspruch gerade in der Person des Klägers erwachsen ist, muss bereits zur Zeit der Klageerhebung vorhanden sein, während die nur die Ausübung oder Verfolgbarkeit des Anspruchs betreffenden Tatsachen z. B. Eintritt der Fälligkeit oder Bedingung auch dann zu berücksichtigen sind, wenn sie erst bei der Urteilsfällung vorliegen. (R. G. in S. A. 54, Nr. 57)".

Jaeger[3]) legt dar, dass Klagen auf künftige Leistung im § 259 Z. P. O. zugelassen werden, ganz allgemein auf jede künftige, sei es betagte oder bedingte Leistung, falls zu besorgen ist, dass sich der Schuldner der rechtzeitigen Leistung entziehen werde.

Und bei Gaupp-Stein[4]) wird ausgeführt:

„§ 259 geht über die Grenzen der §§ 257, 258 insofern hinaus, als er auf jeden noch nicht fälligen Anspruch, mag er auf Geld oder auf andere Leistungen gehen, Anwendung findet. Zweifelhaft ist, ob er auch für Ansprüche gilt, die von einer erst nach dem Urteil eintretenden Bedingung abhängen. Der Wortlaut verweist zwar auf „„künftige"", „„rechtzeitige"" Leistung und die Begründung spricht nur von der Fälligkeit. Aber es ist darin ein zwingender Beweisgrund nicht zu erblicken. Von künftiger, rechtzeitiger Leistung kann man ohne Zwang auch bei bedingten Ansprüchen reden, da auch bei ihnen eine

---

[1]) Struckmann-Koch, Zivilprozessordnung 1900 ad § 259, S. 296.
[2]) Struckmann-Koch, Zivilprozessordnung 1900 ad § 253, S. 280.
[3]) Jaeger, Grundriss zur Vorlesung über Zivilprozessrecht, Berlin 1903, S. 82.
[4]) Gaupp-Stein, ad § 259, S. 549.

natürliche in der Bedingung mitenthaltene Befristung besteht, und die Begründung beschränkt sich hier wie oft auf eine Umschreibung des Gesetzes, die der äussersten Schärfe des Ausdruckes entbehrt. Es fällt daher schwer ins Gewicht, dass die Vorschrift des § 726 unverändert beibehalten ist, die eine Verurteilung zu bedingter Leistung voraussetzt, auch nachdem das bisherige Landesrecht beseitigt ist (oben § 257 I.). Diese Vorschrift hätte kaum noch einen Anwendungsfall, wenn nicht hier auch der bedingte Anspruch genügte. Es ist endlich auch zu beachten, dass beim Arrest, der in mancher Beziehung eine Parallele zu § 259 bildet, durch § 916 der bedingte Anspruch als sicherungsfähig erklärt ist“ [1]).

Mit Recht führt Jaeger [2]) aus, dass die Besorgnis, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, gewöhnlich schon dann bestehe, wenn der Schuldner seine Verpflichtung schon vor der Fälligkeit bestreitet oder was das Gleiche ist, wenn der Verkäufer, wie Kuhlenbeck meint, das Wandelungsverlangen des Käufers ablehnt.

Ebenso erklärt Hellwig [3]), die Besorgnis sei regelmässig schon daraus gerechtfertigt, dass der Beklagte es zu der Verurteilung aus dem principalen Anspruch kommen lasse.

Für die Zulässigkeit einer gleichzeitigen Klage auf Wandelung und auf Rückgabe des Kaufpreises, und gegen die Argumente der Gegner führt neuerdings Oertmann [4]) aus:

„Es hiesse Eulen nach Athen tragen, diese schon oft — so von Hellwig, Kipp, Kohler, Kuhlenbeck in besonderer Argumentation auch von Flechtheim — widerlegte Behauptung noch einmal zu widerlegen. Man braucht dagegen bloss auf § 259 Z.P.O. zu verweisen, ferner auf den Gesichtspunkt, dass es auch im Sinne der Vertragstheorie keineswegs an dem Rechtsgrunde für die Rückgabepflicht annoch fehlt. Ist einerseits die letztere eine selbstverständliche Folge der Wandelung, und hat andererseits auf diese der Käufer einen gegenwärtigen Anspruch, so ist die Entstehung der Rückgabepflicht, einen auf die Wandelung gerichteten Willen des Käufers vorausgesetzt, bereits entschieden. Seinen entsprechenden Willen aber hätte derselbe nicht energischer, als durch die Klageanstrengung, an den Tag legen können. Es trifft daher die Bemerkung Haymanns, dass die Rück-

---

[1]) Lakonisch: Neumiller, Zivilprozessordnung 1903, ad § 259, S. 120: „Die Vorschrift ist rückwirkend und gilt auch für Duldungen und bedingte Leistungen“.

[2]) Jaeger a. a. O. S. 82.

[3]) Hellwig, Lehrbuch . . . . . S. 377, Anm. 71.

[4]) Oertmann in „Das Recht“ 1904, Nr. 1, S. 5.

gabepflicht des Verkäufers „zur Zeit des Feststellungsprozesses überhaupt noch jeden Rechtsgrundes entbehrt, also auch noch nicht bedingt besteht“ (S. 526) nicht zu. Die Entstehung der Pflicht hing auch vor Vollziehung der Wandelung in keiner Weise mehr vom freien Willen des Verkäufers ab, er war vielmehr verpflichtet, sie durch ungesäumtes Vorgehen auf das Wandlungsbegehren des Käufers herbeizuführen. Entzog er sich dieser Pflicht, so kann er daraus unmöglich Vorteile für sich herleiten, ebensowenig wie jemand, der den Eintritt einer ihm zum Nachteil gereichenden Bedingung wider Treu und Glauben verhindert (§ 162 B. G. B.)“.

In der Begründung etwas abweichend führt Schollmeyer[1]) aus:

„Wird Einverständnis über Minderung oder Wandelung nicht erzielt, so kann der Käufer auf Ergänzung des Einverständnisses des Verkäufers durch richterliches Urteil klagen (§ 894 Z. P. O.). Ob er mit dieser Klage den Anspruch auf Herabsetzung des Kaufgeldes oder bei der Wandelung den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückempfang der Kaufsache kumulieren könne, ist streitig, m. E. aber zu bejahen, da es sich um Geltendmachung gesetzlich bedingter Ansprüche handeln würde. Denn, wenn dem Käufer das Recht auf Vollziehung von Minderung oder Wandelung zusteht, so hat er für den Fall der Vollziehung auch schon den Anspruch auf Herabsetzung des Kaufpreises beziehungsweise auf Rückzahlung desselben gegen Rückgabe der Kaufsache. Der Anspruch auf Vollziehung von Wandelung bezw. Preisminderung einer- und auf Rückgewähr bezw. Herabsetzung des Kaufpreises andererseits fliessen aus dem Kaufvertrag und stehen im Präjudizialitätsverhältnis. Freilich wird der Anspruch auf Rückgewähr bezw. Herabsetzung erst fällig mit der Rechtskraft des den Verkäufer zur Erklärung seines Einverständnisses mit der Vollziehung der Wandelung oder Minderung verurteilenden Erkenntnisses und es handelt sich also bei seiner Geltendmachung um Verurteilung zu künftiger Leistung. Da aber mit demselben Augenblick, in welchem das auf Wandelung oder Minderung lautende Urteil rechtskräftig geworden ist, auch die Verpflichtung zur Rückzahlung oder Herabsetzung des Kaufpreises fällig wird, so bedarf es der Heranziehung des § 259 Z. P. O. nicht, ganz abgesehen davon, dass bei Weigerung des Beklagten, in die Wandelung etc. zu willigen, noch nicht die Besorgnis gerechtfertigt ist, er werde sich der zukünftigen Leistung entziehen.

[1]) Schollmeyer, „Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse“, 2. Aufl., Berlin 1904, S. 31.

Denn m. E. gilt der Satz, dass beim Vorhandensein eines unbedingten und eines aufschiebend bedingten Anspruchs dann beide Ansprüche in derselben Klage verfolgt werden können, wenn die rechtskräftige Verurteilung auf den unbedingten Anspruch die einzige Voraussetzung für die Fälligkeit des bedingten Anspruchs ist. Deswegen hat man im römischen Recht niemals bezweifelt, dass bei der restitutio in integrum mit dem iudicium rescindens das iudicium rescissorium oder mit der querela inofficiosi testamenti die hereditatis petitio ab intestato verbunden werden kann. Vgl. l. 13, § 1, D. 4,4 und Windscheid-Kipp III. §. 584 Anm. 13 über einen weiteren Fall vgl. Kipp „Verurteilung" S. 62 Anm. 1.

Zum Schlusse sei auch einer Entscheidung des Reichsgerichtes[1]) Erwähnung getan. Es ist dort in den Gründen ausgeführt, dass in der betreffenden Gewährleistungsklage auch ein zu letzterer Klage passender Anspruch: das Begehren der Vertragsaufhebung und des Ersatzes des Gezahlten schon in der Klageschrift selbst enthalten sei.

---

[1]) R.G. 54, 61. Vgl. auch R.G. 57, 3, wo das Reichsgericht von „aus der Wandelung des Kaufvertrages sich ergebenden Verpflichtungen" spricht; vgl. ferner auch R.G. 55, 28 und das Erkenntnis des O.L.G. Marienwerder vom 5. November 1901. R. d. O.L.G. Bd. IV, S. 35; dagegen das Erkenntnis des O.L.G. Karlsruhe vom 9. Mai 1902, Bad. Rechtsprax. 1902, S. 267. Kurzer Inhalt der beiden Erkenntnisse im „Recht", 6. Jahrgang, S. 100 u. S. 532.

In einer neuerlichen Entscheidung (R.G. 58, 423) scheint das R.G. einen Mittelweg zwischen der Vertragstheorie und der Restitutionstheorie eingeschlagen zu haben. Es führt aus:

„Verschiedene Anhänger jener Theorie (Vertragstheorie) (so Endemann, Lehrbuch des B.G.B. [8. Aufl.], S. 995, und Goldmann-Lilienthal, B.G.B., Bd. 1, S. 499) lösen diesen Zweifel (ob es notwendig ist, den Verkäufer auch zur Einwilligung in die Wandelung zu verurteilen oder ob es genügt, den Verkäufer nur zur Rückgabe des gezahlten Kaufpreises zu verurteilen) dadurch, dass sie lehren, es genüge, wenn der Leistungsanspruch allein erhoben werde; eines ausdrücklichen Antrages auf Verurteilung des Verkäufers zur Einwilligung in die Wandelung bedürfe es nicht, da dieser Anspruch von selbst in dem anderen mitbegriffen sei. Denselben Standpunkt u. s. w. . . ."

Ueber die rechtliche Konstruktion der Wandelung hat sich das Reichsgericht, wie es in der Entscheidung selbst bemerkt, nicht verlauten lassen wollen. Trotzdem hat diese Entscheidung des Reichsgerichts für den Wandelungsstreit grosse Bedeutung, weil sie scheinbar gegen die Vertragstheorie spricht. Allein auch das Reichsgericht ist gezwungen zur Annahme wenigstens des von Endemann und Goldmann-Lilienthal vertretenen Standpunktes, dass, wenn man direkt die Leistungsklage auf Rückgewähr zulässt, man davon ausgehen muss, dass eben in dieser Leistungsklage der Antrag auf Aufhebung des ursprünglichen Kaufvertrages mitenthalten sei. Das R.G. kommt eben darüber auch nicht hinweg, dass es sich sagt: mit der Rückgewähr allein ist es nicht getan; es müssen eben alle Wirkungen des Kaufvertrages beseitigt werden, und deshalb im Falle, dass noch nicht ganz geleistet ist, auch die kraft des Kaufvertrages noch bestehenden Verpflichtungen zur vollständigen Leistung. Diese Beseitigung aller Wirkungen des Kaufvertrages kann aber nur geschehen durch Aufhebung des Letzteren.

Im Anschlusse daran bemerkt das Reichsgericht, dass überdies auch in tatsächlicher Hinsicht wesentliche Bedenken gegen die Annahme des Berufungsrichters, dass schon die Klageschrift alle Grundlagen der Gewährleistungsklage mitenthielte, sich nicht erheben liessen, womit indirekt ausgesprochen ist, dass auch in rechtlicher Hinsicht sich keine wesentlichen Bedenken erheben lassen, d. h. dass das Begehren der Vertragsaufhebung und des Ersatzes des Gezahlten in einer Klage geltend gemacht werden können.

Diese Entscheidung gibt zugleich Auskunft über die Formulierung des Klageantrages bei der Wandelungsklage. In dem Tatbestande heisst es:

Der Klagantrag ging:

I. auf Aufhebung des Kaufvertrages,
II. auf Rückzahlung der angezahlten Beträge zu 100 M. . . . .,
III. auf Zahlung von 200 M. Kosten des Umzugs nach H. nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Februar 1901.

Wenn sich das Reichsgericht nun auch nicht direkt über die Zulässigkeit der Klagenverbindung geäussert hat, so hat es doch indirekt in jener Entscheidung sie anerkannt; denn es beanstandet am Schlusse seiner Entscheidung nur die Verbindung der Wandelungsklage (I und II) mit dem Anspruche auf Erstattung der Umzugskosten (III), nicht aber die Verbindung des Antrages auf Aufhebung des Kaufvertrages (I) mit dem auf Rückerstattung der angezahlten Beträge (II).

Das Reichsgericht versteht also unter Wandelungsklage die Klage auf Aufhebung des Kaufvertrages und auf Rückgewähr des Kaufpreises.